

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCV •

Julio-Agosto

• Núm. 774

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 XCV • Julio-Agosto 2019 • Núm. 774

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Eugenio Fernández Cabaleiro
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Joaquín Rams Albesa
Catedrático de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Vicente Domínguez Calatayud
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Juan José Pretel Serrano
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Luis Fernández del Pozo
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

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

Joaquín Delgado Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

Antonio Fernández de Buján
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 Ezquerro
Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad Complutense de Madrid

Encarnación Roca Trías
Magistrada del Tribunal Constitucional

Ignacio Sancho Gargallo
Magistrado de la Sala Primera
del Tribunal Supremo

Ignacio Tirado Martí
Profesor de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

Ángel Valero Fernández-Reyes
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Fátima Yáñez Vivero
Catedrática de Derecho Civil
UNED Madrid

Manuel Ballesteros Alonso
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Pilar Palazón Valentín
Registradora de la Propiedad

SUMARIO / SUMMARY

Págs.

ESTUDIOS / STUDIES

BERNAD MAINAR, Rafael: «Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de la propiedad de las cosas muebles» / *Towards a version covergent the traditional models of transfer of personal property* 1721

MANZANO FERNÁNDEZ, María del Mar: «Titularidad y atribución de uso de la vivienda familiar (Problemas prácticos y propuestas de reforma de una regulación inadecuada)» / *Ownership and awarding of the use of family dwelling (Practical problems and reform proposal on an inadequate regulation)* 1779

SERRANO CHAMORRO, M^a Eugenia: «Reflexiones sobre el parentesco por afinidad en la sucesión intestada» / *Reflections the relationship because of affinity in the intested succession* 1807

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

GARCÍA GARCÍA, Antonio: «Hipoteca en mano común, retracto de co-acreedores y conflicto de leyes: un caso práctico» / *Joint mortgages, pre-emption rights by co-lenders and conflict of laws: a case study...* 1843

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

SÁNCHEZ-VENTURA MORER, Inés: «La tutela administrativa contra las cláusulas abusivas en el Derecho italiano: el artículo 37 bis del *Codice del Consumo*» / *The administrative control against unfair terms under the Italian legislation: article 37 bis of the Consumer Code* 1887

**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.....	1917
---	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «La modificación de la orientación sexual de los padres y el interés superior de los menores» / *The sexual orientation of parents and the best interest of the child*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1991

1.2. Derecho de familia:

- La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona» / *The termination of the right to use family housing, especially by marital cohabitation of the user with another person*, por Ana Isabel BERROCAL LANZAROT 2002

1.3. Derechos reales:

- «La función calificadora del registrador: errores y responsabilidad» / *The qualifying function of the registrar: errors and liability*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2043

1.4. Sucesiones:

- «Derecho nobiliario y prescripción inmemorial por linaje o estirpe: el título se sucede al fundador no al último poseedor» / *Nobiliary right and immemorial prescription by lineage or family descent: the title is for hereditary succession to the founder not to the last possessor*, por M.^a Fernanda MORETÓN SANZ 2059

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y de 3 de julio de 2019» / *The early expiration in mortgage loans after Law 5/2019, of March 15th, and the CJUE doctrine in its resolutions of March 26th and July 3rd, 2019*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO..... 2077

1.6. Responsabilidad civil:

- «De la música al ruido y del ruido a las intrusiones dañosas: intromisión a la intimidad personal y la prueba de la intensidad, gravedad y habitualidad» / *Music go from noise and the noise go to the damages derived from the acoustic contamination: intrusion of privacy and the evidence of the intensity, seriousness of the facts and habitualty*, por M.^a Fernanda MORETÓN SANZ..... 2092

1.7. Concursal:

- Riesgos geográficos que presenta el *crowdfunding* de inversión y de créditos para proyectos inmobiliarios» / *Geographic risks presented by crowdfunding of investment and credits for real estate projects*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 2115

2. MERCANTIL:

- «Irretroactividad y Actos Jurídicos Documentados en el Real Decreto-ley 17/2018» / *Non retroactivity and stamp duties in the Spanish Royal Decree-law núm. 17/2018*, por Francisco REDONDO TRIGO 2134

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

- «La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una reparcelación» / *Georeferencing of buildings and new parcels of plot-redivision projects*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN 2145

4. DERECHO BANCARIO

- «Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y la controvertida imposición y abono del impuesto de actos jurídicos documentados conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015, de 15 de marzo de 2018, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, de 27 de noviembre de 2018, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo» / *Nullity of the general condition of costs assumption in mortgage loans and the disputed imposition of payment the legal documented acts tax according to the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, March 15th 2018, October 16th, 22nd and 23rd 2018, November 27th 2018, January 23rd 2019 and the remaining case law from the said Court*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 2156

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

- Información de actividades 2183

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

- «Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso», de Lucía CÓSTAS RODAL, por Laura CABALLERO TRENADO 2197

ESTUDIOS

Hacia una versión convergente de los modelos tradicionales de transmisión de la propiedad de las cosas muebles¹

Towards a version convergent the traditional models of transfer of personal property

por

RAFAEL BERNAD MAINAR

Investigador Principal del Grupo de Investigación ECONOMIUS-J

Director del Grado en Derecho, Universidad San Jorge (USJ)

Catedrático de Derecho Civil

Investigador Asociado del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB)

RESUMEN: Aun cuando han sido tres los modelos históricos más conocidos en torno a la transmisión de la propiedad de las cosas muebles —consensual, causal, abstracto—, y se han presentado como inconciliables, lo cierto es que en momentos como los actuales donde la integración y unificación legislativa se han convertido en potenciales objetivos de actuación, es hora de aunar soluciones y buscar elementos de convergencia para allanar el camino en la armonización jurídica y poder alcanzar, sin prisa pero sin pausa, la tan ansiada unificación legislativa, cuando menos en un espacio regional.

ABSTRACT: Although there have been three more known around the transfer of ownership of personal property —agreed, causal, abstract—, and presented as irreconcilable historical models, the fact is that in the current environment

where integration and legislative unification have become potential objective for action, it is time to combine solutions and look for areas of convergence to pave the way for legal harmonization and to achieve, slowly but surely, the long-awaited legislative harmonization, at least in a regional space.

PALABRAS CLAVE: Transmisión. Cosas muebles. *Traditio*. Sistema jurídico. Unificación y armonización legislativa.

KEY WORDS: *Transmission. Personal property. Legal tradition. Legal system. Unification. Community harmonization.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO.—II. UNA VISIÓN COMPARADA DE LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LAS COSAS MUEBLES: II.1. BREVE INTRODUCCIÓN, LOS MODELOS INSPIRADORES (*CODE FRANÇAIS*, B.G.B.). II.2. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS. II.3. LA CUESTIÓN EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS: II.3.1. *Ordenamientos jurídicos adscritos al modelo francés*. II.3.2. *Ordenamientos jurídicos seguidores de la teoría del título y el modo*. II.3.3. *Ordenamientos jurídicos con peculiaridades*. II.4. EL DERECHO ANGLOSAJÓN.—III. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DEL SISTEMA ESPAÑOL.—IV. HACIA LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA MEDIANTE UNA VERSIÓN ECLÉCTICA DE LOS MODELOS TRADICIONALES.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL: LA TEORÍA DEL TÍTULO Y EL MODO

En el estudio del derecho real de propiedad, uno de los tópicos que tradicionalmente se han tratado de manera recurrente es el que concierne a los modos de su adquisición², respecto del cual se ha presentado la clásica exposición que distingue entre los modos de adquisición originarios, cuando el adquirente resulta ser el primer propietario de la cosa, sin que le haya precedido otro anterior, de tal manera que lo adquiere libre de cargas y gravámenes; y los derivativos, esto es, cuando el adquirente del dominio —causahabiente— recibe este derecho de un propietario anterior —causante— y, por ende, conformando un eslabón sucesivo en la cadena de adquisiciones, hasta el punto de adquirirlo con las eventuales cargas o gravámenes que pesaban sobre la propiedad del transmitente.

Surge a propósito de ello «*uno de los problemas centrales de todo el Derecho Privado, en el cruce entre el Derecho de obligaciones y el Derecho de*

cosas...»³, cual es el de la transmisión de la propiedad y, en especial, determinar cuáles son las condiciones exigibles para transmitir la propiedad entre vivos de una cosa determinada (principalmente, mueble), partiendo de la idea inicial de que tres son los elementos involucrados para que dicha transferencia se produzca: el consentimiento; la causa que justifica el consentimiento; y la entrega de la cosa⁴. Es decir, se plantea si para la adquisición de la propiedad y cualesquiera otros derechos reales se requiere la entrega de la cosa (solución de la *traditio* romana); bastará el mero consentimiento válido entre las partes implicadas, acompañado de una causa, tal cual sucede en el ámbito de los derechos de crédito (solución franco-italiana); o será suficiente, por fin, un acuerdo real y abstracto al respecto, sin necesidad de ser este válido (solución alemana). Precisamente, esta disquisición ya se vislumbra en la época del *ius commune* cuando se pone de relieve el elemento causal que justifica la transferencia dominical, lo que llevará a sustituir y revisar el modelo romano sustentado en la clásica *traditio* por un criterio basado en el contrato válido —*titulus*— acompañado de la figura de la *traditio* o entrega —*modus*—, lo que propiciará la aparición de la célebre teoría del título y el modo⁵, una reelaboración dogmática de la jurisprudencia medieval del sistema causal de transmisión basado en la entrega, en cuya virtud para que se dé la traslación de la propiedad se requiere, junto al consentimiento o acto constitutivo —título—, un hecho que la consume y complete —modo.

A los efectos de poder entender la mencionada teoría es conveniente remontarnos a la época clásica del Derecho romano, cuando se atribuye ya con claridad un sentido causal⁶ a uno de los modos derivativos de adquisición de la propiedad y los derechos reales, cual es la *traditio*: en su virtud, la transmisión de la propiedad no era la sola consecuencia del contrato mismo realizado, sino más bien de la subsiguiente transferencia, dada la distinción existente para los romanos entre contrato y transmisión⁷, de tal manera que no se verificaba la transferencia de la propiedad del vendedor al comprador por el mero contrato, sino que esta se consumaba cuando la cosa se transmitía real o materialmente a través de la entrega.

En el periodo codificador y fruto del influjo de las tesis iusnaturalistas, aun cuando la *traditio* no desaparece, sí que se observa una clara tendencia a su debilitamiento en su modalidad de *traditio* efectiva o real para llegar a ser sustituida en gran parte por la *traditio* documental⁸. Incluso se llega a traer a colación por la doctrina algún texto romano (D. 44, 7, 55) para hacer valer esta singular visión y sostener con ello la validez de la *traditio* con independencia de la validez de la causa. No obstante y así todo, aun bien entrado el siglo XIX, todavía se reafirma la clásica doctrina romana; se cuestionan las ideas iusnaturalistas mencionadas; y, por ende, se rechaza la práctica de sustituir la tradición por una mera declaración de voluntad⁹.

Observamos pues, que la teoría del título y el modo hunde sus orígenes en la *traditio* del Derecho romano, si bien se irá perfilando más concretamente

a partir de la Edad Media y evolucionará de un corte causal a otro abstracto, merced a la obra del maestro SAVIGNY, entre otros autores. Más recientemente, sin embargo, la teoría del título y el modo ha sido abandonada, surgen nuevas propuestas que la llegan a cuestionar abiertamente, hasta el punto de renegar de ella, ya en el ámbito de la familia romanista del Derecho, donde ya no es necesario el *modus*, a pesar de haberse gestado originalmente en su seno; o ya en el ámbito del Derecho germánico, donde no es indispensable el *titulus*, criterio quizás más entendible, si partimos de que será su cualificada doctrina la que diseñará la teoría del negocio jurídico abstracto y la plasmará en el Derecho positivo (así por ejemplo, el BGB, o el Código civil griego limitado a los bienes muebles).

No obstante lo afirmado, comprobaremos que existieron y siguen existiendo ordenamientos jurídicos adscritos a la solución del Derecho común (*titulus* y *modus*), una solución remozada de la figura romana de la *traditio*, tal como sucedió en algunas codificaciones iniciales, a saber, el Código civil prusiano (ALR, 1794), el Código civil holandés (1838), el Código civil austriaco (ABGB, 1811), y el Código civil español (1889), amén de otra larga lista de Códigos latinoamericanos y europeos. En su virtud, el negocio causal y real son independientes y, a la vez, necesarios para transmitir la propiedad, pues la *traditio* por sí sola no la transmite, si no va precedida de un negocio causal válido, lo que favorece al transmitente, ya que, de ser nulo o inexistente el negocio causal, el transmitente recuperará la cosa transmitida mediante la acción reivindicatoria.

II. UNA VISIÓN COMPARADA DE LOS DIVERSOS SISTEMAS JURÍDICOS DE TRANSMISIÓN DE LA PROPIEDAD DE LAS COSAS MUEBLES

II.1. BREVE INTRODUCCIÓN, LOS MODELOS INSPIRADORES (*CODE FRANÇAIS*, BGB)

Además del sistema que recoge la teoría del título y el modo, de tal manera que el negocio causal y real se diferencian por ser autónomos entre ellos, no obstante ser ambos necesarios para la transmisión de la propiedad, sistema que se plasma, entre otros ejemplos, en el Código civil austriaco de 1811 (ABGB), el de España, Países Bajos (1838), Suecia, y muchos países más, con matices diferenciados entre ellos, surgen dos tendencias más que se sitúan, aparentemente, en los extremos de la anterior: por un lado, el sistema francés; y, por otro, el sistema alemán, sistemas que, a su vez, han servido de fuente de inspiración a muchos de los ordenamientos jurídicos vigentes, tal como podremos constatar más adelante.

En efecto, de un lado detectamos aquellos ordenamientos jurídicos asentados en un «*principio unitario o contractual puro*»¹⁰, como Francia, Bélgica, Luxemburgo, Reino Unido, Italia y Portugal. En este grupo de países el *Code français* se

ha erigido en el modelo por excelencia, bajo el postulado de que se adquiere la propiedad en el momento de perfección del contrato, aunque no se haya entregado la cosa o pagado el precio, esto es, se trata del criterio consensual de transferencia de la propiedad. En efecto, el modelo francés nos presenta la peculiaridad de que la transmisión se produce por el mero consentimiento sin requerir del acto material de entrega, prescindiendo por ello de la publicidad como instrumento para hacer constar frente a terceros las modificaciones habidas en los derechos reales.

Por otro lado, los que desligan la adquisición del contrato mismo, criterio derivado también del Derecho romano, que requería de otro acto —*traditio, mancipatio, in iure cessio*—, y que ha dejado su huella en países como Alemania donde, partiendo de esta idea y a través de la labor de la Pandectística, introduce la noción de un acuerdo abstracto que produce la transmisión (*Trennungsprinzip*). En este sentido, el Código civil alemán (BGB) presenta una solución antagónica a la del Código francés y considera que el título causal resulta irrelevante; de ahí que podamos decir que se inspira en la idea del *modus* y, por su través, la transferencia de la propiedad queda vinculada a dos elementos suficientes y necesarios: la voluntad común de transmitir y la entrega, desligando el negocio causal del real. Así pues, aun cuando se entiende desaparecida en esencia la distinción entre el título y el modo en el modelo alemán, la conclusión no resulta tan ajena a ella, pues no basta con el mero consentimiento traslativo para transmitir la propiedad, sino que se ha de añadir un título que lo justifique¹¹, ya la mera entrega de la cosa, en sede de cosas muebles, ya la consiguiente inscripción en el Registro de fincas, si se trata de inmuebles, dado que el acuerdo real tiene un valor abstracto y acarrea efectos jurídicos con independencia de la causa obligatoria que lo motiva.

A modo de conclusión comparativa entre los sistemas jurídicos francés y alemán, las diferencias que presentan ambos superan lo meramente teórico y se reflejan en algunas cuestiones más prácticas¹²: así, por ejemplo, en sede de acreedores, a) si por el mero consentimiento se logra transmitir el dominio, los acreedores del comprador podrían proceder y reclamar la cosa vendida, en tanto que los del vendedor perderían su derecho sobre ella, y b) si a través del mero consentimiento solo se produjeran efectos personales, los acreedores del vendedor podrían proceder contra la cosa, pues el comprador no podría esgrimir contra ellos un pretendido derecho real sobre ella, sino que solo contaría con un mero derecho de crédito, que no es oponible *erga omnes*; y en el caso de doble venta los efectos también serían dispares, puesto que si el derecho real se constituyera por el mero consentimiento, aplicaría el principio registral de prioridad (*prior in tempore, potior in iure*), en tanto que, de no serlo así, existiría paridad de derechos entre los compradores y, en consecuencia, prevalecería el derecho del primero de ellos que lograra constituir un derecho real sobre la cosa, aun cuando el contrato obligatorio que lo hubiera originado tuviera una fecha posterior.

De todo lo anterior resultan tres tipos principales de sistemas sobre la materia que nos ocupa¹³: a) causal con *traditio*; b) causal consensual; y c) abstracto con *traditio*.

II.2. LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN ALGUNOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS

Como ya sabemos, el modelo francés no fue unánime en toda Europa y, por ello, no encontró recepción en algunos Códigos, que optarían por presentar un criterio diferente. Así sucedió, por ejemplo, en el caso del Código civil de Holanda de 1838¹⁴, cuyo artículo 639 señalaba que «*la propiedad se adquiere por ocupación, por accesión, por prescripción, por sucesión legal o testamentaria y por tradición en virtud de un título que otorga quien transfiere el dominio*», con una regulación específica de la *traditio* en los artículos 667-671. El nuevo Código civil holandés de 1992 (Nieuw Burgerlijk Wetboek, NBW)¹⁵ mantiene el mismo criterio, en términos generales, aun cuando ya se habla propiamente de un sistema mixto de transmisión de la propiedad¹⁶, con características tanto del sistema causal como del abstracto, tal como constataremos más adelante.

A pesar del influjo ejercido por el *Code civil* francés en la codificación austriaca, el Código civil de Austria de 1811, siguiendo la doctrina iusnaturalista, se aparta en este punto del modelo francés y toma una línea propia asumiendo la transmisión causal de la propiedad y de los demás derechos reales¹⁷, tal como expresan los párrafos 380 y 381, complementados en esta materia con los párrafos 423 y 425. Así, podemos observar que el ABGB adopta la teoría del título y el modo y, de ser aplicada con rigor, permitiría que en el caso de una entrega sin causa, se pudiera ejercer una acción de repetición, así como también una acción reivindicatoria. Sin embargo, esto no sucede cuando ahondamos en la regulación del Código en alguna de sus aplicaciones particulares, tal como sucede, por ejemplo, en sede de pago de lo indebido, ya que, en tal caso, el *solvens* carece de acción de repetición si entrega la cosa sin haber incurrido en error en cuanto a la validez del título, del mismo modo que carecerá de acción reivindicatoria, lo cual nos lleva a reconocer que en el supuesto que nos ocupa el pago indebido (sin causa y sin error) transfiere la propiedad, con lo que bastará para ello el *modus*, aun careciendo de *titulus*, solución que se aproxima a la tesis del BGB aportada por Savigny, si bien la abstracción del ABGB no resulte tan perfecta como en el BGB, dado que en este último hay transmisión de la propiedad incluso cuando el *solvens* realiza la entrega, mediando error sobre la validez del título. Aun así y, según lo dicho, el ABGB se sitúa en un punto intermedio¹⁸ entre la teoría del título y el modo y la alemana del BGB sustentada en principio en el simple *modus*.

Tampoco España asume el modelo francés y acogerá en sus artículos 609 y 1095 del Código civil de 1889, tal como analizaremos más en profundidad posteriormente, la célebre teoría del título y el modo acuñando un sistema de transmisión causal y, erigiéndose con ello, en estandarte de un grupo de ordenamientos jurídicos latinoamericanos, sin omitir algunas especialidades en su seno, como ya se verá al abordar el área latinoamericana en particular.

El Código civil de Suiza, por fin, no obstante integrar el elenco de Códigos adscritos al Derecho germánico, constituye un ejemplo más de transmisión causal¹⁹: en efecto, en el caso de muebles, se impone el requisito de la tradición de la cosa para la transmisión de la propiedad; y, en cuanto a los inmuebles, el negocio causal —título— debe ser seguido de la inscripción en el Registro —modo—, en un sistema registral²⁰ en el que la inscripción se configura con carácter constitutivo y convalidante. Aun así, al igual que sucede en el Derecho austriaco, en la legislación suiza el pago de lo indebido efectuado sin error se considera suficiente para que se produzca la transmisión de la propiedad²¹, pues no surge en tal caso un derecho de repetición.

En el resto de Europa el modelo del *Code Civil* francés gozó de receptividad en algunos ordenamientos jurídicos, como es el caso de Bélgica (1804)²², que prácticamente reproduce a la literalidad el texto correlativo del *Code civil des français*, incluida su numeración; o el Código civil albertino de Cerdeña de 1837²³.

Mención especial merece el caso de Italia, que también se adscribe en esta materia al grupo francés en su *Codice civile* de 1865²⁴, con alguna modificación, cuando señala que la propiedad se adquiere por efecto de una convención y no de una obligación, criterio seguido por su sucesor, el *Codice civile* de 1942²⁵, al afirmar que el contrato puede producir efectos reales y obligatorios, y que la propiedad se transmite por efecto del consentimiento legítimamente manifestado, no obstante algunas excepciones en aras de la protección de la buena fe del tercer adquirente de bienes inmuebles en virtud de la publicidad registral²⁶, ya que en tal supuesto la eficacia traslativa del contrato no es plena respecto de ciertos terceros (ya los que hubieran inscrito su título, o los que lo registraron con antelación), en cuyo caso quedará supeditada a la inscripción del contrato.

El Código de Portugal de 1867 resultó verdaderamente un caso especial, toda vez que sin haber tenido como modelo directamente al Código de Francia, por haberlo tomado como una fuente más, sin embargo, llegó a coincidir con él en este punto concreto de su regulación²⁷, un criterio que será mantenido en la nueva versión del Código civil de 1966, más completa ahora por incorporar específicamente el artículo 1316²⁸, claramente influido en este aspecto por su homólogo Código civil italiano de 1942.

Por fin, tal como ya hemos tenido oportunidad de comprobar con antelación, Alemania nos presenta una versión propia sobre el particular, apartándose del

modelo tradicional y del francés e, instaurando con ello, otro modelo distinto sustentado en un título traslativo abstracto de *traditio* consistente en el acuerdo de transferir, sin exigencia de un título concreto y típico para ello. Sigue el modelo alemán el Código civil de Grecia²⁹, si bien limitado solamente al plano de los bienes muebles.

II.3. LA CUESTIÓN EN LOS PAÍSES LATINOAMERICANOS

Los Códigos civiles que empezaron a ser promulgados a lo largo del siglo XIX tras el proceso emancipador en los países americanos adoptaron soluciones dispares en torno al polémico tema de la teoría del título y el modo y el papel asumido por la *traditio* en la transmisión de la propiedad. En efecto, dos fueron los modelos tomados en consideración: o bien tomaron el modelo francés, dada la gran proyección que tuvo este Código en todo el continente, por ser entendido como estandarte y bandera revolucionario; o bien asumieron el modelo español del título y el modo que, como bien sabemos, representa una visión rehabilitada de la *traditio* romana.

De ahí que, a los efectos expositivos, vamos a configurar tres grandes apartados con fines clasificatorios y sistematizadores. Por un lado, haremos referencia al grupo de ordenamientos jurídicos que siguen el modelo afrancesado, con los distintos matices que se presentan en su seno, como veremos; a continuación, en un segundo apartado incluiremos el elenco de ordenamientos que se ven influidos por el sistema castellano inspirado en la *traditio* romana, refundada en la teoría del título y el modo; por fin, se referirá un tercer grupo que no encaja totalmente en ninguno de los dos anteriores por alguna que otra razón.

II.3.1. Ordenamientos jurídicos adscritos al modelo francés

Dentro de este grupo, podemos diferenciar los siguientes subapartados: a) los que adoptaron el modelo francés del *Code civil*; b) los que lo adaptaron a sus legislaciones; o c) los que se basaron en él de forma indirecta, a través de otros Códigos que, a su vez, se habían inspirado en el *Code civil*. Así pues, en todos estos casos rige el principio de la adquisición por contrato o por efecto de la obligación emanada de él, lo que resta a la tradición cualquier efecto dominical.

a) El caso de recepción total se produjo en República Dominicana cuando adoptó el *Code civil* en 1845³⁰; igualmente en Haití, que había hecho lo propio en 1825, en un Código que sigue vigente en nuestros días³¹. También hemos de encuadrar en este compartimento a los estados norteamericanos, otrora antiguas

colonias francesas, de Luisiana³² y Québec (*Code civil du Bas Canada*, 1865, derogado por el *Código civil du Québec* de 1994, actualmente en vigor)³³. Todos estos ejemplos seguirán el modelo de transmisión de la propiedad implantado por el *Code civil* basado en el mero consentimiento.

b) Algo semejante ocurre en aquellos países que, si bien no adoptaron completamente el *Code Civil*, adaptaron este y elaboraron un cuerpo legal propio: es el caso de Bolivia en 1830³⁴. Sin embargo, este Código perdió vigencia entre el 18 de noviembre de 1845 y el 11 de noviembre de 1846, y fue sustituido por otro de 1845, que en la materia que aquí interesa mantuvo el principio de la adquisición del dominio por contrato³⁵. Sin embargo, este cuerpo legal fue sucedido nuevamente por el de 1830, que resultó, pues, restablecido y rigió hasta el actualmente vigente de 1975. El nuevo Código boliviano de 1975, inspirado en el Código italiano de 1942, mantiene el principio adoptado ya en el Código de 1830, al permitir la adquisición de la propiedad por el mero contrato³⁶.

Precisamente, el mencionado Código civil boliviano de 1830, conocido bajo el apelativo de Código SANTACRUZ, será adoptado íntegramente por Costa Rica en 1841³⁷, si bien será sustituido más tarde en 1887 por el que todavía hoy está vigente, en el que fueron recogidas las reglas francesas, con ciertas peculiaridades, como veremos más adelante.

c) En fin, lo acaecido en algunos países a través de un fenómeno de recepción indirecta, por medio de Códigos interpuestos claramente influidos por el Código francés, como sucedió en Venezuela y México.

En cuanto a Venezuela, el primer Código civil de 1862 (Código PÁEZ)³⁸, claramente influido por el de Andrés BELLO, adoptaría el sistema de la transmisión causal basado en la teoría del título y el modo; sin embargo, en la versión de 1873, por influencia del *Codice civile* italiano de 1865 (art. 710), adoptará el sistema francés puramente consensual³⁹, que se mantiene hasta la actualidad⁴⁰, no obstante exigir en sede de bienes inmuebles la inscripción en el Registro a los fines de contar con eficacia *erga omnes*.

Otro tanto puede decirse del Código civil de México de 1870, en el que se parte del principio por el cual los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento (art. 1392), lo que le llevará a sostener que, desde la perfección del contrato, el riesgo de la cosa es de cuenta del adquirente (art. 1546), preceptos que constituyen un preámbulo necesario para justificar la reproducción literal que se efectuará en el artículo 1552 de este Código mexicano de 1870⁴¹ del idéntico artículo 715 del Código portugués de 1866, en el que se prescinde de la tradición como requisito para la transmisión del dominio, en un claro ejemplo de fidelidad en este punto al *Code français*. Por lo que se refiere al actual Código civil azteca de 1928⁴², surgido tras la Revolución mexicana, mantiene el mismo criterio, en una redacción muy similar a la señalada del Código de 1870, luego de ser también incluida en la versión que le sucedió el año 1874.

II.3.2. Ordenamientos jurídicos seguidores de la teoría del título y el modo

Gran parte de los países se mantiene fiel al esquema de la tradición que el Derecho indiano hizo suyo siguiendo la huella del Derecho castellano y que, en este punto, conservará el molde romanista, aun cuando esta influencia se propague gracias al sello ejercido en muchos ordenamientos jurídicos por el Código civil chileno de Andrés BELLO.

Así acaeció por primera vez en el Código civil del Perú promulgado en 1852, en el que a la figura de la tradición se le denomina «*enajenación*», mientras que con el término tradición propiamente dicho se alude a la entrega misma⁴³, regulación que pasa casi a la literalidad al Código civil de Guatemala de 1877⁴⁴. En cuanto al actual Código civil guatemalteco de 1963, a diferencia de sus predecesores de 1877 y 1933, no clasifica ni califica los modos de adquisición de la propiedad y demás derechos reales, sino que se limita a regularlos (ocupación, usucapión, accesión), si bien, por influencia indirecta del Código civil mexicano de 1928, toma como referencia el sistema de transmisión de la propiedad puramente consensual⁴⁵, siendo la tradición o entrega en sede de muebles la ejecución o conclusión del negocio jurídico realizado, en tanto que, en sede de bienes inmuebles, la inscripción es el requisito indispensable para que el acto jurídico efectuado produzca efectos frente a terceros.

Distinto es el caso del actual Código civil peruano (1984), tan peculiar en sí mismo por su carácter mixto que nos permite encajarlo en el apartado final correspondiente a los supuestos especiales del área latinoamericana, al que nos remitimos.

También el Código civil de Chile asume el sistema romano causal del traspaso de la propiedad. Ya en el primer inciso del artículo 588 incluye la tradición entre los modos de adquirir y se regula expresamente la figura en el Título VI del Libro II (arts. 670 a 699). Concretamente, el primero de estos preceptos, el artículo 670, señala que «*la tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por la otra de capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales*», definición que hay poner en relación como complemento con el inciso primero del artículo 675 del mismo cuerpo legal cuando nos dice que «*para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc.*».

Del análisis de ambos textos correlacionados se colige una cierta paradoja y contradicción, puesto que si con arreglo al primero de ellos el elemento subjetivo —*animus transferendi y acquirendi dominii*— es imprescindible en la *traditio* para que se produzca la transferencia dominical, resulta incoherente la exigencia del elemento causal —*justa causa o título*— en el segundo⁴⁶, por hallarse este ya incorporado en el elemento intencional del primero.

Se ha discutido cuáles pudieron ser las fuentes de inspiración de BELLO sobre el particular: y es que no pareciera haberse inspirado en las fuentes romanas que él conocía con exactitud, toda vez que los juristas romanos más antiguos ponían el realce en el elemento causal —título— para efectuar la adquisición, de tal manera que la *traditio* se exigía más bien para llevar a cabo la traslación de la posesión que, por lo general, solía implicar la transmisión de la propiedad por existir una causa que así lo permitía; es más, de las notas realizadas por el autor en los diversos Proyectos del Código se colige una influencia parcial de la legislación de Partidas⁴⁷ y de algunos Tratados clásicos franceses⁴⁸; incluso se llega a afirmar que la primera parte de la definición expuesta por BELLO en el Código civil procedería de sus propias *Instituciones de Derecho Romano*⁴⁹, no obstante incluir en la segunda parte un elemento intencional —*animus*— desconocido para los clásicos y la legislación de Partidas, que pudiera emanar de la doctrina de SAVIGNY⁵⁰, bien conocida por el jurista venezolano, o incluso de otros juristas anteriores.

En todo caso y, a modo de conclusión, podemos sostener que, a pesar de que la definición presentada por el Código civil chileno sobre la *traditio*, por su más que aparente contradicción, pudiera dar cabida o constituir un asomo del acuerdo real y abstracto de la doctrina alemana, lo cierto es que, en puridad, el Código de Andrés BELLO, fiel al espíritu del Derecho romano, mantiene la teoría del título y el modo⁵¹ en cuanto a la adquisición y transmisión de la propiedad, tal y como ratifica alguna jurisprudencia, no sin controversia⁵².

Sirva lo dicho en cuanto al Código chileno de Andrés BELLO para los Códigos que lo adoptaron a la literalidad, como sucedió con el de Ecuador (1858)⁵³, criterio mantenido en la versión actual del mismo (2005); así como en el de Colombia (1873)⁵⁴, tal como suscribe la propia jurisprudencia neogranadina al reconocer como necesarios el título y el modo para adquirir la propiedad sobre las cosas⁵⁵.

A su vez, El Salvador incluirá, por influencia del Código civil Andrés BELLO, la teoría del título y el modo en su Código de 1859⁵⁶. En efecto, se incluye a la tradición como un modo de adquirir el dominio y los demás derechos reales, así como se establece que un requisito de validez de la misma es que se sustente en un título traslativo del dominio, como la venta, permuta, o donación, entre otros. Para la tradición del dominio de bienes inmuebles se exige un instrumento público, que puede ser el mismo del acto o contrato realizado, si bien para que surta efecto frente a terceros deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El influjo del Código de Chile también se deja notar en el caso de Honduras, tanto en la versión original del Código de 1880⁵⁷, como en el actual de 1906⁵⁸, con lo cual se declara que la tradición es un modo de adquirir la propiedad y demás derechos reales, cuya validez depende de la existencia de un título traslativo de dominio. En sede de inmuebles la tradición se efectuará por medio

de instrumento público, que podrá ser el mismo del acto traslativo, aun cuando para que surta efecto deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad.

El Código civil de la República Oriental del Uruguay de 1868 (Código NARVAJA) recogió la doctrina del título y modo con carácter general, aunque de hecho ella solo vale para algunos títulos de la tradición, como la compraventa, la permuta o la donación. En efecto, en su artículo 680⁵⁹ se señalaba que *«los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción»*, en una clara réplica del artículo 588, 1º de su homólogo Código chileno elaborado por Andrés BELLO. A diferencia del chileno, el Código uruguayo añadía un inciso 2º al artículo 680 del siguiente tenor: *«los títulos de adquirir solo producen efecto personal, esto es, derecho a la cosa, ad rem»*, en el que se enfatizaba más si cabe la presencia de la transmisión causal. El Código se reservaba la regulación de la tradición en el Título III del Libro III, con alguna influencia de la normativa chilena en términos generales. Hoy⁶⁰ el referido artículo 680 se reproduce a la literalidad y corresponde con el actual artículo 705 del Código civil, de la misma manera que el Título III del Libro III desarrolla en dos capítulos la figura de la tradición, regulando, por un lado, las distintas clases de tradición y, por otro, los requisitos necesarios para adquirir el dominio en su virtud y los efectos de la tradición.

En el caso de Argentina, su Código civil de 1869⁶¹, a lo largo de disposiciones diversas y dispersas, asumió el modelo proveniente de la tradición castellana del título y el modo, de tal forma que la venta representa el título, es decir, la causa, en tanto que la causa eficiente se identificaría con la tradición. Así es, el artículo 2524, 4º señalaba que el dominio se adquiere por la tradición, principio complementado con los artículos 577 y 3265 cuando rezaban, respectivamente que *«antes de la tradición de la cosa el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real»*, y que *«todos los derechos que una persona transmite por contrato a otra persona pasan al adquirente de esos derechos por la tradición, con excepción de lo que se dispone respecto a las sucesiones»*. El Capítulo IV del Título V del Libro III regulaba la tradición traslativa del dominio en los artículos 2601-2603⁶². Criterio que se mantiene en el nuevo y flamante Código civil y Comercial de la Nación de 2014, cuya entrada en vigor data de agosto de 2015⁶³.

Dentro del grupo directamente hispano, debemos destacar también el caso de Cuba y Puerto Rico donde, por influencia española, conservaron el modelo tradicional del título y el modo, puesto que, en 1889, cuando entró en vigor el Código civil español, se extendió su vigencia a las que todavía para la época formaban parte del extinto Imperio español en ultramar. Así es hasta el punto de que Cuba, en su nuevo Código civil promulgado en 1987, conserva el criterio de exigir la tradición para que se verifique la transferencia de cosas entre vivos, al igual que Puerto Rico, toda vez que, aunque el Código promulgado

en 1889 por extensión del español, ha sido abundantemente modificado, todavía mantiene hoy⁶⁴ en su artículo 549, 2º el texto literal del artículo 609, 2º del Código civil español.

Un caso llamativo es el del Brasil⁶⁵, más que curioso, pues, si bien en líneas generales el Código de 1916 sigue el modelo alemán en muchos aspectos, con relación al tema que nos ocupa, nos presenta un ordenamiento jurídico fiel a la teoría del título y el modo en sede de bienes muebles, es decir, un sistema causal de transmisión, puesto que la transferencia de la propiedad no se produce antes de la tradición por los meros actos jurídicos. Distinto es en lo atinente a los bienes inmuebles, supuesto en que la transferencia *inter vivos* se consuma mediante la inscripción en el Registro del título traslativo, soluciones que se reproducen en la nueva versión del Código civil de 2002, hoy en vigor, que derogó la versión anterior de 1916.

II.3.3. ORDENAMIENTOS JURÍDICOS CON PECULIARIDADES

Veamos, en primer lugar, el caso de Costa Rica y de Nicaragua. En efecto, el Código civil de Costa Rica de 1887⁶⁶, aún vigente en la actualidad, al igual que su antecesor de 1842, adopta las reglas que la doctrina francesa admitió como necesarias para equilibrar el régimen casuístico existente en el *Code* sobre el particular, de tal manera que, tanto el dominio de los bienes muebles, como el de los inmuebles, se transfieren por el mero contrato traslativo, pero, eso sí, solo con efectos internos entre las partes contratantes, ya que, en cuanto a los efectos externos con relación a terceros, si bien el dominio de los muebles se adquiere merced a la tradición en virtud de un título hábil para ello, el de los inmuebles requerirá, por su lado, la inscripción del título en el Registro de Propiedad.

Por su parte, en el Código civil de Nicaragua de 1904 no existe ninguna disposición general en que se declare que la tradición constituya un modo de adquirir la propiedad, ni tampoco alguna en la que se exprese lo contrario, puesto que la propiedad se adquiere desde el momento en que se perfeccione un contrato traslativo, sin necesidad de tradición. No obstante las omisiones generales citadas⁶⁷, hemos de constatar, sin embargo, la presencia de algunas normas que bien admiten la adquisición de la propiedad por contrato, como sucede en el artículo 2530 al definir la compraventa como un contrato traslativo del dominio de una cosa; o bien, por el contrario, presuponen la tradición como un modo de adquirir, tal cual observamos en el caso de doble venta, en el artículo 2575, donde se concede el dominio al primero que haya entrado en posesión de la cosa y no al primero que compró. De un estudio minucioso del Código nicaragüense podemos colegir esta contradicción frecuentemente⁶⁸, lo cual no es sino un alegato más para corroborar la pluralidad de fuentes que se

tuvieron en cuenta en su redacción y elaboración, sin contar en tal quehacer con un criterio unitario y coherente.

El actual Código civil de Perú de 1984 resulta bastante curioso⁶⁹, dado su carácter ecléctico y mixto: aplica la teoría del título y el modo para los bienes muebles, es decir, un sistema de tradición causal; y, por lo que se refiere a los bienes inmuebles, adopta el sistema afrancesado de la transmisión puramente consensual, ya adoptado en el Código de 1852 y en su sucesor de 1936.

Otro caso llamativo, por fin, es el de Paraguay. Como sabemos, el Código civil argentino entró en vigencia en el Paraguay a partir del 1 de enero de 1877 y permanecerá en vigor durante más de cien años hasta que, a finales del siglo XX, el país guaraní aprobó su propio Código civil⁷⁰. El nuevo Código civil paraguayo de 1987 reformó la materia que abordamos para presentar un panorama más que confuso⁷¹, pues en él concurren y coexisten distintas de las soluciones que hemos visto a lo largo de este trabajo como modelos legislativos: ya el sistema francés en el artículo 1966 a), al declarar que la propiedad de los inmuebles se adquiere por contrato, criterio desarrollado posteriormente en su articulado y extensible también para los muebles como regla general, según señala el artículo 2061; por otro lado, con respecto a la propiedad de los muebles, el Código adopta un régimen poco claro con una adquisición basada en una tradición abstracta, toda vez que la entrega del bien por el dueño a un tercero, con mutuo acuerdo, bastará para transferir la propiedad (art. 2062, 1); y, finalmente, en el supuesto en el que el propietario está ya en posesión de la cosa, «*la tradición se efectúa por el convenio de constituir al adquirente en poseedor mediato*» (art. 2062, 2). Vemos, pues, un variopinto escenario que nos permite hallar, tanto con expresiones de la *traditio* romana, como del sistema francés, e, incluso también en presencia de la tradición germánica sustentada en el título abstracto⁷².

II.4. EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Difícilmente podríamos imaginarnos un sistema distinto a los ya analizados en cuanto a la transmisión de la propiedad; sin embargo, el que presenta el Derecho anglosajón o *common law* constituye un ejemplo de lo afirmado. Para entender mejor la cuestión hay que partir de la noción según la cual el Derecho inglés protege muy especialmente la propiedad mobiliaria por medio de algunas acciones de naturaleza personal, originariamente de corte delictual, incluso más que a través de la acción reivindicatoria, tal cual es concebida en los países de la familia del *civil law* y, entre aquellas referidas, sin ser la única, destaca la *action en conversion*⁷³.

Aun en la hipótesis de que el Derecho anglosajón partiera del principio en cuya virtud la entrega de la cosa fuera un requisito esencial para la traslación

de la propiedad de la misma, lo cierto es que la institución jurídica anglosajona de la *delivery* podría parecer haber llegado a una solución muy similar a la del modelo francés y, en consecuencia, considerar que la transmisión de la propiedad tendría lugar por efecto del consentimiento. Tal similitud no resulta ser fruto de la influencia entre ambos sistemas, sino que se produce, más bien, de manera independiente, al margen un sistema de otro: en efecto, el Derecho anglosajón permitió paulatinamente al comprador, aun existiendo el solo acuerdo de la compraventa, reclamar la entrega de la cosa con la misma acción judicial con la que contaría si fuera propietario —*action of detinue*— y, de la misma forma, el vendedor podría contar con la que le fuera propia para reclamar el correspondiente precio —*action of debt*—. Con ello, pues, al menos en apariencia, la entrega o *delivery* ya no resulta un elemento esencial para que opere la transmisión de la propiedad en la compraventa.

Sin embargo, a pesar de esta apariencia, no hay nada más lejos de la realidad. Y es que, aunque en una primera impresión pudiera atisbarse que la transmisión de la propiedad se produce por el solo acuerdo de las partes, esto no debe llevarnos a tener una idea errónea, pues, si bien en el *common law* es necesaria la voluntad entre las partes implicadas para que se produzca la transferencia de la propiedad, y esta voluntad se manifiesta a través de un contrato dotado de *consideration* como elemento que lo justifique⁷⁴, lo cierto es que el mero contrato transfiere la propiedad solamente entre las partes, razón por la cual, si bien perfeccionada una venta la traslación dominical se produce desde el momento en que las partes alcanzan un acuerdo, no obstante, solo a través de la entrega (*delivery*) dicha venta resultará eficaz *erga omnes (to all purposes)*⁷⁵.

Visto lo dicho, podemos señalar que una entrega (*delivery*) efectuada sin ningún contrato que la justificara plantearía una situación imprevista para la *Sale of Goods Act*, supuesto que, una vez más, la jurisprudencia ha resuelto desde tiempo atrás⁷⁶, colmando tal laguna, al afirmar que la *delivery*, unida a la intención de transferir, logra transmitir la propiedad, incluso si es realizada por un sujeto que, por error, se cree obligado a entregar la cosa; es decir y, en otras palabras, la entrega asegura un título a quien recibe la cosa, sin perjuicio para el *tradens* de la facultad con la que cuenta de ejercer una *action* de naturaleza personal a los fines de solicitar la restitución de la cosa.

III. ANÁLISIS PARTICULARIZADO DEL SISTEMA ESPAÑOL

Una prueba más que evidente de que el Código civil español de 1889 se aleja del *Code civil* francés en el aspecto relativo a la transmisión de la propiedad proviene de una cuestión meramente formal pero que, a la postre, resulta bien ilustrativa y orientadora: en tanto que el Código napoleónico divide su estructura en tres Libros (personas; cosas; y modos de adquirir la propiedad)⁷⁷,

el Código español desgaja e incorpora un cuarto libro en el que desarrolla e incluye las obligaciones y los contratos, de tal manera que, de dicha distribución, se infiere, a nuestro juicio, una conclusión más que elocuente: los contratos no constituyen *per se* un modo de adquirir la propiedad, sino que son, más bien, un mero título para ello.

De ahí que nuestro Código arranque la regulación del mencionado Libro III (De los diferentes modos de adquirir la propiedad) con una Disposición preliminar reflejada en un solo precepto, concretamente el artículo 609, que reza de la siguiente guisa:

«La propiedad se adquiere por la ocupación.

La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten por la ley, por donación, por sucesión testamentaria e intestada y por consecuencia de ciertos contratos mediante tradición».

Por su través, vemos que la transmisión de la propiedad por acto *inter vivos* se reduce a la donación y a la tradición. Dejando al margen la donación por ser un modo de adquisición independiente⁷⁸, ya que escapa a la consideración de contrato y encaja mejor, según su propia definición legal, como un acto de liberalidad⁷⁹, la tradición se presenta, pues, como la manera más habitual de transmisión de la propiedad por acto *inter vivos*, y consiste en la entrega de la cosa como consecuencia de un contrato previamente realizado, de modo que la transferencia y consiguiente adquisición de la propiedad se producirá cuando se transmita la posesión de la cosa. La determinación del momento en que se produce la transmisión del bien, si bien no es de mucho interés para los contratantes, sí que lo es para los que no son partes en él, sean acreedores del *tradens* o *accipiens*, o sean terceros adquirentes que resulten ser causantes del transmitente.

Así pues, con arreglo al precepto invocado, la transmisión convencional de los derechos reales precisa de dos elementos⁸⁰: por un lado, un contrato causal de finalidad traslativa que justifique la transmisión —título— (presente su concepción a lo largo de diversos artículos del Código civil, entre ellos, el 404, 467, 470, 523, 537, 540, 548, 1052, 1957, sin que el listado resulte agotado); y, por otro, ligada claramente con el primero, la tradición o entrega de la cosa, más o menos espiritualizada⁸¹, respecto de la cual recaiga el derecho real —modo—, que se erige en momento culminante de la transmisión y que, ante la falta de una regulación específica, tanto la doctrina como la jurisprudencia recurren, por lo general, tanto a la regulación existente en materia de adquisición de la posesión —artículo 438 del Código civil— como, sobre todo, a la que precisa y desarrolla la obligación que tiene el vendedor de entregar la cosa vendida en sede de compraventa —artículos 1462, 1463 y 1464 del propio Código civil.

A lo afirmado con anterioridad debemos añadir el tenor del artículo 1095 del mismo cuerpo legal, en sede de obligaciones de dar, cuando establece que «*el acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla (pero que) sin embargo no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada*», en cuya virtud el adquirente no se convierte en titular real sino cuando se haya producido la entrega de la cosa —tradición— y dicha entrega encuentre fundamento en un contrato que sea apto para transferir el dominio o el derecho real del que se trate. Es decir, el contrato genera obligaciones —efecto personal—, pero el efecto real se vincula con la tradición⁸², de la cual el contrato es solo su causa o título, un negocio jurídico que justifica la adquisición de la propiedad.

Tanto nuestra doctrina⁸³ como nuestra jurisprudencia⁸⁴ han rechazado con carácter mayoritario el carácter abstracto del referido contrato, cuestionando con ello algunos argumentos que lo defendían⁸⁵: ya el principio de libertad contractual para justificar la configuración del contenido del contrato; ya la presunción *iuris tantum* de existencia de causa en el contrato que sirviera para demostrar la concurrencia de un título de adquisición; o, incluso, que el Registro de la Propiedad se pueda alimentar de títulos abstractos. A mayor abundamiento, la transmisión de la propiedad exige el mismo título en el transmitente, según establece la máxima romana *nemo dat quam ipse habet*, o *nemo transferre postest ad alium plus iuris quam ipse habet* (D. 50, 17, 54), regla que prescribe la adquisición *a domino* con carácter general, reflejada expresamente en el artículo 1160 de nuestro Código civil, en sede de obligaciones de dar, donde se señala que «*no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida y capacidad para enajenarla (aun cuando) si el pago hubiese consistido en una cantidad de dinero o cosa fungible, no habrá repetición contra el acreedor que la hubiese gastado o consumido de buena fe*», precepto que, si bien se halla ubicado en materia de obligaciones, consagra un principio en cuanto a la adquisición de derechos reales⁸⁶, por el cual se requiere un título sobre la cosa debida para que el deudor la transmita y cumpla con ello la obligación, de tal manera que, si el acreedor actúa de buena fe, rige la máxima *res perit domino* y, por ende, el propietario asume los riesgos.

Por lo que se refiere a la entrega o tradición propiamente dicha, el Código civil no señala la manera de efectuarse con carácter general, sino que, tal como ya se ha señalado con anterioridad, lo hace cuando aborda una de las obligaciones propias del vendedor, junto al saneamiento, cual es la entrega de la cosa. Esta particular ubicación de la regulación de la entrega o tradición en sede de compraventa plantea una cuestión inicial: si sus preceptos son extrapolables con carácter general al punto correspondiente de la transmisión de la propiedad y demás derechos reales; o si, en un sentido más estricto, solo han de ser considerados en función de asegurar el interés del comprador⁸⁷, como parece más razonable en función de su carácter de *lex specialis*. Como sabe-

mos, en los aludidos preceptos aparecen las diversas modalidades de entrega o tradición y en todas ellas se produce la transmisión del control sobre la cosa, sea cual fuere su modalidad: real, documental (tal como señala el art. 1462)⁸⁸; simbólica⁸⁹, *constitutum possessorium*, *brevi manu* (todos ellos reflejados en el art. 1463, en el caso de la entrega de muebles)⁹⁰; *quasi traditio vera* en el ejercicio del derecho por el adquirente con autorización del transmitente, y *quasi traditio ficta*, tanto en la entrega de los títulos de pertenencia, como en el otorgamiento de escritura pública (supuestos previstos en el art. 1464 respecto de los bienes incorporales).

Todo ello, claro está, dejando a salvo la excepción que a la regla general de la adquisición *a domino*, constituyen los supuestos de adquisición *a non domino*, esto es, cuando en la transmisión realizada el transmitente de la cosa no es el propietario de la misma, o no está autorizado para enajenar, en cuyo caso, si se trata de bienes muebles, se limitan las posibilidades de reclamación por medio de una acción real (art. 464 CC)⁹¹; y, de ser bienes inmuebles, se protege al titular inscrito, concretamente al tercer adquirente de buena fe a título oneroso de un titular registrado, en virtud del principio de fe pública registral⁹², presente en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

Es innegable que cuando el Código civil fue elaborado la tradición o entrega constituía un elemento importante en la transmisión de la propiedad y demás derechos reales, dada la publicidad que toda posesión implica; en la actualidad, si bien este aspecto ya no es tan relevante como lo fue en su momento, lo cierto es que, a través de la teoría del título y el modo, se deslinda, por un lado, el negocio jurídico de transmisión, con efectos obligacionales y, por otro, la efectiva transferencia de la propiedad⁹³, dos momentos distintos, que pueden o no coincidir en el tiempo con el nacimiento de la relación jurídica obligatoria. En efecto, y ambos supuestos son posibles, sincronía y asincronía, incluso en un sistema de transmisión consensual, tal como sucede, por ejemplo, en el caso de hallarse la transmisión de la propiedad sujeta a plazo, condición, o bien ante la necesidad de especificación de la cosa transmitida, situaciones todas ellas en las que queda comprobado que el negocio de transmisión incorpora pasos diferentes que no tienen que ser coetáneos, lo que le da a la tradición o entrega visos autónomos con relación al justo título que le precede, siempre que dicho título incorpore la correspondiente voluntad traslativa entre *tradens* y *accipiens* para que se le atribuya a la entrega efectos reales y traslativos⁹⁴, esto es, que medie la *iusta causa traditionis*, de la que hablaban los juristas romanos⁹⁵ y que, sin embargo, no concurre, por ejemplo, en el caso de la venta con reserva de dominio.

Además, la confirmación de la teoría del título y el modo, en nuestra opinión, no queda debilitada en modo alguno por el hecho de que la entrega adopte formas espiritualizadas, sino más bien todo lo contrario, si es esa la voluntad de las partes, pues, por medio de tales entregas desmaterializadas, sea cual sea su

modalidad, en todas ellas queda evidenciado en el ámbito de la relación interna (*inter partes*) el cambio de control sobre la cosa adquirida; y en lo que respecta a los efectos externos (*erga omnes*), la transmisión causal permite resolver el problema de la doble venta neutralizando los problemas que pudieran surgir entre las partes implicadas —transmitente, poseedor y adquirente—, en el caso de que este último ignorara la ausencia de posesión del *tradens*: en efecto, a partir de los principios de buena fe y prioridad temporal, si después de haber recibido la cosa el comprador, el vendedor la volviera a vender, el problema se transformaría en una situación de venta de cosa ajena⁹⁶, puesto que, precisamente, una de las virtualidades que confiere la teoría del título y el modo es evitar posibles enajenaciones sucesivas de un mismo bien, según lo establecido en el artículo 1473 del Código civil.

Dicho lo cual, podemos concluir que el sistema configurado en el Código civil español nos sitúa en presencia de un régimen normativo que sigue los lineamientos del Derecho romano en torno a la transmisión y consiguiente adquisición derivativa de la propiedad y que, por consiguiente, asume la teoría del título y el modo perfeccionada desde la época de los glosadores sobre la base romana de la *traditio ex iusta causa*. Aun así, tal como hemos podido constatar, todos los países presentan algunas desviaciones al sistema general de transmisión de la propiedad y el caso español no constituye una excepción, puesto que el principio romanista de la tradición causal, que sustenta la teoría del título y el modo, cuenta con desviaciones abonadas en la *bona fides*, como sucede en el caso de la doble venta previsto en el artículo 1473 del Código civil, donde puede suceder que la propiedad no corresponda a quien sea el primer poseedor, habiéndose cumplido los requisitos del contrato y la tradición, sino que se prefiera y, por tanto, sea reputado propietario, en el caso de bienes inmuebles inscritos, al adquirente que en primer lugar inscriba el bien inmueble en el Registro (en virtud del principio registral de prioridad, *prior in tempore, potior in iure*); o, para el caso de bienes muebles o bienes inmuebles que no estén inscritos, al primer poseedor de buena fe.

Así pues, aun cuando es cierto que el Código civil español ha sido encasillado tradicionalmente en el marco de los ordenamientos jurídicos adscritos al sistema de la transmisión causal basada en la tradición, encabezando un hipotético grupo ibérico, al que pertenecerían, como hemos tenido oportunidad de comprobar con antelación países como Chile, Argentina, Uruguay, Colombia, Ecuador, Honduras, El Salvador, Cuba, Brasil, Puerto Rico e, incluso, Filipinas⁹⁷, hubo autores, sobre todo en el área hipotecaria⁹⁸, más que en el ámbito de la civilística, que se pronunciaron abiertamente a favor de la transmisión abstracta, y no causal, en clara sintonía con la figura del negocio jurídico abstracto ya defendida en su momento por SAVIGNY.

Aun así, la opinión doctrinal mayoritaria⁹⁹ se pronuncia favorable a la teoría del título y el modo, si bien se torne más cuestionable en el plano de los bie-

nes inmuebles, al entender que la inscripción pudiera haber sustituido la figura del modo (entrega o tradición), un argumento que, sin embargo, no resulta del todo irrefutable desde el momento que la inscripción, lejos de adquirir visos de ser constitutiva o sustantiva, como sucede, por ejemplo, en el sistema registral suizo, sigue conservando un efecto convalidante.

A mayor abundamiento, no podemos dejar de lado la postura de nuestra jurisprudencia que parece ser bien contundente sobre el particular, incluso desde mucho tiempo atrás¹⁰⁰, y que se ha mantenido fiel a la teoría del título y el modo a lo largo de los años. En efecto, del tenor de nuestro Tribunal Supremo se colige que *«en nuestro derecho rige la teoría del título y el modo, que implica la necesidad de tradición en los contratos traslativos de dominio para que la propiedad se transmita»*¹⁰¹; puesto que *«en nuestro derecho no ha prevalecido el sistema de transmisión de la propiedad por la sola acción eficaz del consentimiento, y que la lealtad de nuestro derecho a la posición romana queda fuera de toda duda»*¹⁰², criterio sostenido también en nuestros días cuando se expresa y refuerza de manera categórica que *«el Derecho español recoge explícitamente la doctrina del título y el modo como modo de adquirir el derecho de propiedad, conforme a los artículos 609 y 1095 y copiosa jurisprudencia; e incluso cuando recuerda que «el título es el acto por el que se establece la voluntad de enajenación del derecho (y) el modo es el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición por el adquirente. A su vez, el modo está ligado al título en que se basa y le da su fundamento jurídico. Es decir, nuestro Derecho acoge la teoría del título y el modo, con el sistema de tradición (modo) basada en el negocio jurídico precedente (título): tradición causal»*¹⁰³.

Y es que, según señala el Tribunal Supremo como doctrina jurisprudencial consolidada *«...lo que importa para la transmisión del dominio mediante compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato o acuerdo de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en derecho»*¹⁰⁴; de lo cual se concluye que *«resulta. incuestionable, en virtud de la teoría del título y el modo, que para adquirir el dominio no es suficiente la perfección de un contrato transmisivo, sino que es precisa la concurrencia de la tradición (arts. 609 y 1095, inciso segundo, del Código civil)*¹⁰⁵; y *«que la formalización del contrato en documento privado no genera tradición instrumental y no acredita por sí solo la efectiva transmisión patrimonial pretendida y al ser el promotor el único propietario goza de la cobertura del ordenamiento jurídico para llevar a cabo la modificación del título constitutivo de la división horizontal»*¹⁰⁶; de tal manera que *«el adquirente en documento privado sin entrega de posesión, al no ser copropietario, no tiene derecho, ni siquiera posibilidad de concurrir al otorgamiento de la escritura de constitución o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal»*¹⁰⁷.

IV. HACIA LA UNIFICACIÓN LEGISLATIVA MEDIANTE UNA VERSIÓN ECLÉCTICA DE LOS MODELOS TRADICIONALES

Un tópico como el que aquí se aborda, cual es la transmisión de la propiedad de las cosas muebles, no es sino una manifestación más de la importancia que representa el Derecho histórico para la Ciencia jurídica actual.

En efecto, cuando estamos ante posibles escenarios prestos a la unificación del Derecho, sea en un plano general (*Restatements of Law*, a cargo del American Law Institute; los Principios UNIDROIT, a cargo del International Institute for Unification of Private Law; o el Convenio de Viena de 1980, fruto del trabajo de UNCITRAL¹⁰⁸), netamente regional, europeo (*Contract european Code* —CEC—; *Principles of European Contract Law* —PECL—), o latinoamericano (ALADI, ALBA, Alianza del Pacífico, CAN, CELAC, MERCOSUR, UNASUR), el estudio histórico-comparativo se erige como método adecuado en el tratamiento de las instituciones jurídicas respectivas.

De ahí que, a tal fin, se impone la necesidad de regular de manera conjunta el Derecho patrimonial bajo un concepto de unidad, comprensivo tanto del Derecho de obligaciones como del de bienes, toda vez que difícilmente se puede integrar el Derecho de los contratos sin abordar al unísono la exigencia de armonizar los diversos sistemas de transmisión de la propiedad¹⁰⁹ puesto que, de no ser así, podríamos encontrarnos con desajustes y desviaciones entre el Derecho legal y el Derecho real aplicado.

No constituye una novedad para nadie que la Unión Europea ha logrado hasta el momento el espacio de integración más avanzado, en el que la construcción de un Derecho uniforme adquiere los visos de un ideal no tan alejado de la realidad. De ahí que tal espíritu haya permitido adoptar una serie de normas tendentes a armonizar los ordenamientos jurídicos de los Estados miembro¹¹⁰; es más, muchas de estas normas abordan cuestiones de Derecho privado y, dentro de ellas, la contractual ha sido una de las más desarrolladas, tal como lo demuestra la normativa dictada en materia consumidores y usuarios, y la atinente al comercio electrónico.

En todo caso, hemos de tener en cuenta que esta premisa, ni constituye una opinión unánime, ni siquiera, aceptándola como mayoritaria, disipa la controversia en torno a si la pretendida unificación legislativa debe alcanzarse a través de la codificación, o bien mediante la elaboración de una suerte de *lex mercatoria*¹¹¹. Todo ello sin pasar por alto las diversas opciones y propuestas en torno a la postura que debería adoptar la UE sobre el particular: no tomar partido alguno y, por ende, no legislar, dejando que la propia dinámica del mercado tome sus propias soluciones, aun cuando sea de modo fragmentario¹¹²; confeccionar principios comunes, directrices o códigos de conducta para ciertos contratos, aun sin carácter vinculante (criterio seguido por la Comisión LANDO)¹¹³, enarbolando al efecto la redacción de contratos tipo; mejorar la

legislación existente, no sin reconocer sus limitaciones; y, por fin, codificar, al margen de cuál sea el instrumento elegido *ad hoc* (Directiva¹¹⁴, Reglamento, Recomendación), una propuesta que se avizora más a largo plazo, pero que no hay que soslayar en el horizonte.

Entre las opciones planteadas con antelación y, sin descartar ninguna de antemano, pareciera que a la hora de abordar la tarea de unificar el Derecho privado se plantean, principalmente, dos orientaciones metodológicas predominantes muy distintas¹¹⁵: o bien crear *ex novo* una solución única acorde con la realidad actual mediante la confección de un nuevo Código supranacional que tienda a sustituir los Derechos nacionales por medio de una norma obligatoria y vinculante¹¹⁶ (modelo legal)¹¹⁷; o bien elaborar unos «principios comunes» que coincidan en los distintos ordenamientos jurídicos implicados mediante una labor de recuperación y extracción, sobre la base de una pretendida unidad jurídica y doctrinal que se presentaría como una fase previa a la codificación (modelo doctrinal)¹¹⁸, lo que implica inexorablemente reivindicar el resurgimiento del denominado *ius commune* de los siglos XV-XVIII¹¹⁹, también conocido bajo la acepción del *usus modernus pandectarum*¹²⁰.

En nuestra opinión, en una línea creativa, conciliadora y superadora emerge con fuerza el empleo del estudio histórico-comparado como instrumento de aproximación entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales¹²¹, en cuya hoja de ruta, tanto la búsqueda de «principios comunes» (fase previa), cuanto la codificación (fase final) no se presentan excluyentes entre sí¹²², sino más bien como peldaños sucesivos e ineludibles en el proceso de largo aliento que constituye la unificación del Derecho privado.

Este último modelo invocado ha sido plasmado en una serie de actuaciones, como por ejemplo el caso representado por UNIDROIT¹²³, que adoptó en 1994 unos Principios para los contratos del comercio internacional (reeditados con ligeras modificaciones en 2004) y que, aun cuando carecen de carácter vinculante, pretenden, según el tenor literal de su Preámbulo «interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme», así como «servir de modelo para los legisladores nacionales e internacionales»; o la iniciativa que fructificó con la creación de los Principios de Derecho Contractual europeo¹²⁴, a cargo del Grupo de Estudio sobre un Código civil europeo, presidido por C. von BAR, que tomaría el relevo de la Comisión LANDO (PECL, bajo los auspicios de la Unión Europea)¹²⁵, con un contenido bastante aproximado al de los elaborados por UNIDROT y grandes posibilidades de convertirse en referente inexcusable en el futuro Código civil europeo, a partir de un estudio de Derecho comparado en el ámbito del Derecho patrimonial. En esa misma línea estratégica tenemos que aludir a los conocidos como Principios del Derecho Contractual comunitario (*Acquis Principles*)¹²⁶, que tienen como finalidad llevar a cabo la transposición del Derecho comunitario a los Derechos nacionales, apoyar la futura legislación comunitaria y contribuir a su interpretación.

No podemos olvidar tampoco al conocido Grupo de Pavía, que ya ha publicado un Proyecto de Código Europeo de Contratos, conocido como Proyecto de Pavía o Proyecto GANDOLFI¹²⁷, que surge como consecuencia del trabajo efectuado por la Academia de Iusprivatistas de Pavía, sustentado también en un estudio de Derecho comparado que tiende a la realización de un futuro Código de Derecho de Obligaciones Europeo, tomando como referencia tanto el *Codice civile* italiano de 1942, como el *Contract Code* de Harvey MC GREGOR.

Con estos antecedentes, resulta más que interesante y alentador en este sentido la iniciativa tendente a la redacción de un Código de Derecho civil europeo¹²⁸ comprensivo del Derecho patrimonial (obligaciones y derechos reales)¹²⁹ a partir de la elaboración de unos Principios que recogerían un elenco de reglas comunes doctrinales sobre la materia, en cuya búsqueda y elaboración, evidentemente, no solo habrá de tenerse en cuenta el método comparativo entre los distintos ordenamientos jurídicos implicados (sobre la base del Derecho civil y procesal comparado), sino también e, ineludiblemente, el método histórico, lo que nos conduce al estudio de la historia del Derecho y el Derecho romano, toda vez que, por su través, podremos conocer cuándo, cómo y por qué una institución jurídica moderna se apartó del modelo histórico respectivo, a la vez que podremos constatar que el Derecho histórico, sobre todo el Derecho romano, constituye el verdadero germen y, por ende, mucho más que un ligero atisbo de gran parte de las instituciones jurídicas que conforman los ordenamientos jurídicos actuales¹³⁰. De ahí que, a través de esta metodología, se pueda avanzar y ser optimistas, no sin las debidas cautelas, a la hora de avizorar una posible unificación del Derecho privado¹³¹, con las diferencias palpables que presentan tanto la familia del *civil law*, como la del *common law*.

Dentro de las últimas iniciativas unificadoras, no debemos olvidar el Marco Común de Referencia (MCR)¹³², que culmina con la publicación del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), un conjunto modélico de reglas destinado a los legisladores, tanto el europeo, como los nacionales.

Aun así, a nuestro juicio, en sede de armonización del Derecho, el debate no debe ser concebido como una disputa entre opuestos (Derecho alemán o francés; *common law* o *civil law*), sino más bien desde una concepción amplia y plural basada en las distintas configuraciones tradicionales existentes, hasta el punto de que el Derecho comparado asuma un protagonismo especial y haya de impulsar los cambios necesarios en aras de la construcción de un nuevo Derecho¹³³, que deberá dejar su tinte netamente eurocéntrico y superar un enfoque exclusivamente iusprivatista del Derecho, para lo cual deberá abogar por dar entrada también a otras disciplinas, en cierta medida, *mutatis mutandis*, tal como sucedió en la Edad Media con el *ius commune*, el cual, a través de su difusión a cargo de las Universidades y la doctrina científica, se convirtió en una «referencia de mínimos» aplicable supletoriamente en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.

En la medida que es constatable que los ordenamientos jurídicos europeos cuentan con un núcleo común y valores compartidos¹³⁴, se puede mostrar un moderado optimismo en la consecución de una codificación europea, más aún si concluimos que las investigaciones comparadas demuestran que los jueces de los diferentes países de Europa, a pesar de usar técnicas jurídicas diferentes, llegan en muchos casos a soluciones que se aproximan en diversas cuestiones legales¹³⁵, puesto que, como sabemos, las raíces comunes de los ordenamientos jurídicos europeos se basan en el Derecho romano, amén de la concurrencia de circunstancias políticas, sociales y económicas que, si bien particulares, no son tan divergentes a lo largo de la historia, toda vez que integran y conforman la denominada civilización occidental, sustentada, fundamentalmente, en los pilares de la filosofía griega, el derecho romano¹³⁶ y el cristianismo, como verdaderos ejes transversales.

En todo caso, la dificultad del reto legislativo unificador arroja una serie de cuestiones previas que merecen ser abordadas:

a) Instrumento jurídico *ad hoc*. La insuficiencia e incoherencias de las Directivas como instrumento jurídico europeo unificador eficaz¹³⁷, más afín con una obligación de resultado que con una obligación de medio, lleva a plantear que, aun cuando se opte por una solución gradual y progresiva, lo cierto es que en la fase final del trayecto el formato deberá ser el de un Reglamento comunitario que asegure su eficacia interna y evite vías de escape distorsionantes del efecto pretendido en una norma armonizadora.

De ahí que, en ese trazado marcado, nos parece que el itinerario más conveniente es el que sigue: tras el estudio previo y concienzudo, la elaboración de unos Principios comunes de la materia —modelo doctrinal— sobre los que elaborar un futuro Código de contratos —modelo legal— que, en un plazo progresivo, razonable y moderadamente amplio, entraría en vigor en toda la UE a través de un Reglamento con una regulación alternativa a los ordenamientos jurídicos nacionales¹³⁸. El hecho de que se trate de un Reglamento, no sujeto a transposición, permite asegurar la autonomía del instrumento, a pesar de la transposición implícita que toda interpretación de sus disposiciones implica.

b) Incoherencia interna y sistemática. Dispersión legislativa. La gran diversidad legislativa comunitaria exige la necesidad de establecer un código único destinado a regular todas las relaciones contractuales, incluyendo los aspectos conexos del derecho de bienes, entre ellos la transmisión de la propiedad, no solo entre los diversos países de la UE como en el ámbito del mercado interior. Esto no implica libertad incontrolada, sino más bien orientada a eliminar barreras y otro tipo de elementos obstativos de la sana y libre competencia.

c) Relación entre *Civil law/Common law*. La diversidad entre los sistemas del *civil law* y del *common law* se ha presentado tradicionalmente como uno de los obstáculos que dificultarían la ansiada obtención de un Código civil

europ¹³⁹. Dicha afirmación, sin embargo, habría que matizarla, pues buena parte de estas diferencias no lucen insalvables¹⁴⁰, más aún cuando en ambas tradiciones jurídicas coexisten principios jurídicos compatibles entre sí¹⁴¹, pues, a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, son abundantes los ejemplos de las leyes aprobadas por el poder legislativo inglés e irlandés —*statutes*—¹⁴², a lo que debemos añadir la gran influencia protagonizada por la jurisprudencia en los países del *civil law*, razones sólidas que permiten superar la aparente dualidad contradictoria entre *civil law/common law* con base en el derecho legislado versus el derecho jurisprudencial¹⁴³. Y es que resulta difícil sostener un único y homogéneo sistema continental, dado que ninguno de sus ordenamientos jurídicos integrantes se corresponde con un modelo absolutamente puro¹⁴⁴, ante la recepción variada que se produjo del Derecho romano en el continente europeo, aunado este fenómeno a la presencia de un derecho consuetudinario propio autóctono y a la influencia heterogénea nada despreciable del componente germánico en la formación del derecho. De ahí que las soluciones judiciales en una y otra familia del derecho, aun sirviéndose de mecanismos y métodos diferentes, se presenten muy afines¹⁴⁵, pues no en vano subyacen abundantes elementos comunes¹⁴⁶ de ayer y hoy (derecho romano, moral cristiana, sistema político democrático, economía de mercado, ciencia jurídica), que nos permiten sostener que el Derecho anglosajón no constituye un cuerpo extraño y duro, hasta el punto de ser reputado como estafalarío para el Derecho europeo¹⁴⁷, tal como lo demuestran ya algunos resultados concretos (CISG, PECL, CEC)¹⁴⁸.

d) Método. En esta larga travesía, y con motivo de una nueva Comunicación suscrita al Parlamento y al Consejo de la UE¹⁴⁹, se observa un cambio de estrategia por parte de la Comisión a los fines de adoptar un Plan de acción más ajustado a la realidad y, con ello, dar cumplida cuenta a las respuestas obtenidas a una Comunicación anterior de 2001, abogando en este intento, ya por la necesidad de adaptar las Directivas vigentes o bien proponer otras nuevas que mejoren las existentes; ya por impulsar la elaboración de cláusulas contractuales tipo; o, incluso promover y dar carta de naturaleza al Marco Común de Referencia (MCR)¹⁵⁰, cuyo texto académico es conocido como *Draft Common Frame of Reference* (DCFR).

En efecto, ante la dispersión legislativa existente en la UE en sede de contratos, es evidente la necesidad de reorganizar y crear un sistema jurídico sustentado en principios y nociones que constituyan un andamiaje sólido y coherente¹⁵¹, que supere el alcance más limitado de los Reglamentos y las Directivas¹⁵². Tras las experiencias de los PECL y más recientemente el MCR de 2007 (*The Common Frame of Reference*, CFR), sumado al Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas¹⁵³, pareciera y no sin reservas y recelos tras el *brexit* británico, que pudiéramos no estar tan lejos de un futuro Código Europeo de Obligaciones.

e) Aplicación instantánea o progresiva. Carácter vinculante u opcional. Dentro de los problemas que se plantean a la hora de llevar a cabo la codificación de los contratos en el seno de la UE destacamos, por un lado, su implantación inmediata o progresiva y, por otro, su carácter opcional o vinculante. Y en esa línea contienen dos visiones al respecto: la denominada *hard law*, o instrumento vinculante; y la conocida como *soft law*, o instrumento flexible de tinte opcional, ya con carácter *opt-in*¹⁵⁴, ya con carácter *opt-out*.

Tratando de evitar la tesis del todo o nada, la Comisión se pronuncia a favor de un sistema opcional de aplicación del Código de contratos, a pesar de estar propiciando con ello cierta dispersión normativa, una suerte de *forum shopping*¹⁵⁵, precisamente aquello que se trata de combatir ante el complejo normativo de la UE, integrado por pluralidad de fuentes y ordenamientos jurídicos. Aun así, notas aplicables al derecho concebido como sistema jurídico, tales como su flexibilidad y progresividad¹⁵⁶ pudieran aconsejar un sistema contractual europeo de *soft law*, tomando como ejemplo el modelo de los *restatements* norteamericanos.

f) Idioma de la codificación. No debemos olvidar que en el seno de la UE conviven múltiples lenguas y que todas ellas mantienen un plano de igualdad (art. 22 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, y art. 3, 3 del TUE), circunstancia esta que eleva la redacción del texto y el idioma del futuro instrumento codificado en una cuestión fundamental¹⁵⁷, puesto que la lengua y el derecho se hallan claramente relacionados¹⁵⁸, más aún cuando se pretende lograr la unificación jurídica a partir de la diversidad legal y lingüística.

En este sentido y, por lo que se refiere a la etapa de elaboración del Código, dos son los retos principales: la elección de la lengua; y la elección de las palabras.

En cuanto a la elección de la lengua, debemos partir de una premisa aparente que se ha invocado frecuentemente entre los escollos de la codificación europea: la uniformización jurídica versus el plurilingüismo¹⁵⁹, paradoja que, sin duda, plantea problemas derivados del principio de igualdad de las lenguas comunitarias y la posible corredacción del instrumento en diversas lenguas¹⁶⁰; la diversidad de las tradiciones jurídicas en juego; así como la supuesta consideración de la lengua inglesa como emblema de modernidad¹⁶¹, con fácil difusión internacional y una buena aceptación entre los prácticos del derecho por su simplicidad conceptual.

Haciéndonos eco de la acusación efectuada al intento de uniformidad jurídica como posible merma de la riqueza que representa la diversidad en todos los niveles y, en la medida que tanto la lengua como el derecho constituyen y reproducen el mundo en que vivimos¹⁶², entendemos que la elección de una lengua en la redacción del futuro Código de contratos presenta el inconveniente de restringir la visión del lenguaje a un uso meramente funcional, desnudo de todo lo que lo rodea e influye, un lenguaje único desprovisto de vida, que podría generar reparo y recelo entre los ciudadanos y los países europeos, al

tachar el nuevo texto de extranjero, impuesto desde Bruselas, razón que aconseja presentar la traducción del texto para cada ciudadano en su propia lengua, una exigencia que pone encima de la mesa el segundo de los retos conexo ya adelantado, cual es la adecuada y precisa selección de vocablos y términos empleados en dicha traducción.

g) Transposición de la legislación emanada de los órganos comunitarios a los respectivos Estados miembro¹⁶³. Sigue siendo el verdadero talón de Aquiles en el proceso de unificación del Derecho privado europeo, sobre todo tras la experiencia vivida a través de las Directivas comunitarias que, si bien han ido conformando progresivamente una suerte de codificación sectorial comunitaria en aspectos varios del Derecho privado —principalmente en lo atinente al Derecho del consumo—¹⁶⁴, lo cierto es que se muestran insuficientes en cuanto a su eficacia se refiere¹⁶⁵, no solo por adolecer de la fuerza vinculante necesaria, sino sobre todo porque en su transposición a los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales aparecen más inconvenientes y dificultades de los que cabría desear, ya por demoras injustificadas en la transposición¹⁶⁶, que pueden ocasionar la obligación de indemnizar por parte de los Estados a los particulares como consecuencia de esta demora; ya por errores a la hora de proceder en la transposición de la normativa comunitaria, mucho más precisa y detallista, por cierto, debido a la propia cultura jurídica en el ámbito del *common law* que en el del *civil law*¹⁶⁷; bien por la falta de un criterio único e inequívoco a la hora de llevar a cabo el trasplante, con la consiguiente divergencia legislativa, foco y causa de una inevitable inseguridad jurídica¹⁶⁸; o bien, incluso, por la profusión legislativa¹⁶⁹ que, lejos de aclarar el estado de la cuestión, lo tiñe de confusión y genera un desconcierto creciente tal, que convierte al jurista, más en un detective tras la pista de la legislación aplicable al caso, que en un operador jurídico.

De ahí que solo a través de un instrumento jurídico común dotado de fuerza vinculante y no opcional, complementado con un órgano judicial superior competente para interpretar el sentido de sus normas ante el que estén subordinados los tribunales nacionales, se podrá lograr la pretendida unificación legislativa europea en sede contractual, tras haber consumado la transposición de la normativa comunitaria a los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados miembro.

h) Relación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con los tribunales superiores de los Estados miembro. La unificación legislativa resulta incompleta si no va acompañada de la que se debe producir en el ámbito de la jurisprudencia, al lograr una interpretación uniforme del texto común, pues, de no ser así, se generará diversidad en la interpretación del texto entre los diversos Estados cuando los tribunales nacionales procedan a hacerlo según criterios interpretativos propios, contribuyendo al desfase entre el Derecho legislado y el Derecho aplicado.

A tal fin, la atribución de competencias a un tribunal supranacional en cuanto a la interpretación del Derecho uniforme¹⁷⁰, más allá de lo que el TJUE

resulte competente en lo concerniente a cuestiones prejudiciales, resultaría muy conveniente, por no decir, imprescindible¹⁷¹, de tal manera que tal instancia se convierta en una suerte de Tribunal Supremo de cada país. Para ello, sería muy fructífero recopilar la jurisprudencia europea al respecto para que, mediante un trabajo de derecho comparado, se conozca el sentir jurisprudencial de cada Estado. Más ilusorio pareciera ser asegurar tales resultados en una primera instancia, sobre la base de una hipotética conciencia jurídica común europea, sin negar que todo lo que se haga en su consecución abonará en favor de la unificación jurídica europea. Y es que ya desde hace tiempo se ha apostado por la unificación del Derecho europeo sobre la casuística de la jurisprudencia comunitaria¹⁷² que, en muchas ocasiones, se ha fundamentado en las normas europeas comunes.

i) Modelo como punto de partida. En la medida que el retorno a las raíces del *ius commune* europeo se presenta como una premisa ineludible para identificar y detectar los principios comunes de los diversos ordenamientos jurídicos nacionales, el papel del Derecho romano-canónico, al constituir el sustrato de aquellos, resulta claramente reforzado, en calidad de acreedor privilegiado y preferente del futuro edificio en construcción que constituye el Derecho privado europeo¹⁷³. De ahí la importancia del método histórico-comparativo y del fenómeno conocido como «reeuropeización» de la ciencia jurídica¹⁷⁴ y «refundación» de la Escuela histórica de SAVIGNY¹⁷⁵ mediante la combinación simbiótica de la historia del derecho y del derecho comparado.

En un plano más concreto, bien se ha recurrido al criterio intermedio representado por el libro IV del *Codice civile* italiano¹⁷⁶, que trata de recoger a modo de síntesis¹⁷⁷ lo mejor del área romano-francesa y la romano-germánica, amén de aproximarse en algunos puntos al *common law*¹⁷⁸; bien se apunta en otra dirección tomando partido por Códigos emblemáticos por su prestigio atesorado, como sucede con el Código suizo de obligaciones, incorporado más tarde al Código civil suizo (ZGB); o bien, finalmente, se recurre a soluciones más novedosas fruto de las últimas reformas legislativas habidas, tales como el Código civil holandés, o más recientemente la reforma del BGB del Derecho de obligaciones, que ha contactado e integrado en su seno buena parte del contenido de las Directivas comunitarias sobre la materia (*große Lösung*)¹⁷⁹, bajo la idea de que, reformando la legislación nacional y adoptando el Derecho comunitario en su seno, se avanza adecuadamente en el proceso de unificación material del Derecho, esto es, una nueva reformulación de lo ya concebido a través de la técnica del trasplante jurídico.

Así pues, conforme a lo anteriormente señalado y trayendo a colación el tema aquí tratado, cual es la convergencia de las soluciones tradicionales en sede de transmisión de la propiedad de las cosas muebles, y tras las reflexiones generales efectuadas en torno a la armonización y unificación jurídica, nos pronunciamos a favor de un Código Europeo de Contratos y como prueba de

ello traemos a colación un supuesto más que evidente de pretendida unificación legislativa en el punto que nos ocupa, cual es el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, cuyo artículo 46 adopta el sistema clásico causal de transmisión de la propiedad al señalar que, salvo pacto en contrario, «*el contrato estipulado con el objeto de transmitir la propiedad de una cosa mueble o la constitución o transmisión de un derecho real sobre la cosa, produce efectos reales, tanto entre las partes como en relación a terceros, a partir del momento de entrega de la cosa a quien tiene derecho, a la persona encargada por este de recibirla o al transportador que, en base a un acuerdo, debe encargarse de la entrega*», incluso en el caso de que el transmitente no fuera ni el propietario ni el titular, supuesto en el que la otra parte contratante se convertirá en propietario de la cosa mueble o titular del derecho a partir del momento de la entrega, siempre que medie la buena fe.

Precisamente, a propósito de la polémica en torno a la eficacia real o simplemente obligacional del contrato, seguida en un sentido o en otro por los distintos sistemas jurídicos de la tradición romanista europea y, a los fines de superar esta controversia¹⁸⁰, se ha adoptado en dicho Anteproyecto una definición neutra del contrato en la que caben ambas visiones, pues como señala su artículo 1, 1 se entiende por contrato «*el acuerdo de dos o más partes destinado a crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica que comporta obligaciones y otros efectos, aun a cargo de una sola de las partes*». Por ello vemos que, al hablar de los efectos del contrato, el mencionado Anteproyecto de Código Europeo de Contratos distingue entre efectos obligatorios y efectos reales, los primeros contemplados en el artículo 45, en tanto que los segundos desarrollados en el artículo 46, de tal manera que, como hemos visto y, salvo pacto en contrario, cuando el contrato tenga por finalidad la transmisión de la propiedad, en caso de bienes muebles, se hace depender del momento de la entrega, adoptándose la misma solución también cuando el adquirente actúe de buena fe y el transmitente no fuera propietario ni titular de la cosa. Sin embargo, para el caso de inmuebles o de muebles registrables, se adopta el criterio de la *lex rei sitae* como ley aplicable, esto es, se remite a la legislación que resulte aplicable allí donde los bienes se encuentren —artículo 46, 3—, un ejemplo más en el que el Anteproyecto efectúa una doble remisión: por un lado al ordenamiento comunitario; y, por otro, al de los Estados miembro, consagrándose con ello un postulado valedero y general en esta materia¹⁸¹, al margen de cuál sea finalmente el alcance de vigencia del futuro Código Europeo de Contratos.

Referencia obligada a nuestro juicio es la solución propuesta en el Código de Holanda de 1992 que ha despertado un intenso interés entre los comparatistas¹⁸². En efecto, como ya hemos señalado con antelación, el nuevo Código civil holandés de 1992 (*Nieuw Burgerlijk Wetboek*, NBW), si bien mantiene el criterio tradicional del título y el modo, en términos generales, entre sus normas ya podemos detectar una tendencia a posicionarse en cuanto a la transmisión

de la propiedad en un sistema mixto, tanto causal como abstracto, tal como prescriben los artículos 80, 3 y 84, 1 del referido cuerpo legal cuando señalan, respectivamente, que «*se obtiene la propiedad mediante título especial por la tradición o entrega, por prescripción y por la expropiación, y por cualquier otro establecido por la ley en cada tipo especificado de los modos de adquisición legal*», y que «*para la transferencia de los bienes se requiere un título válido, hecho por el que tiene el poder para disponer de ella correctamente*».

De ahí que, adoptando, por un lado, el ejemplo incorporado en el Código civil holandés de 1992, que abriga la posibilidad de un sistema mixto de transmisión de la propiedad de las cosas muebles; y, por otro lado, asumiendo la postura prevista en el *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*, que atribuye al contrato traslativo de la propiedad de una cosa mueble efectos reales y obligatorios, lo que permite albergar al unísono tanto el sistema causal con *traditio* causal, como el sistema abstracto con *traditio*, abogamos por esta propuesta ecléctica convergente como criterio recomendable en relación al sistema aplicable de transmisión de la propiedad de las cosas muebles, más aún si consideramos una posible futura reunificación legislativa orientada a la superación de las antinomias irreductibles al abrigo de los sistemas tradicionales.

Más dificultosa, no obstante, se presenta la posible unificación de los ordenamientos jurídicos en este punto por lo que respecta al ámbito latinoamericano, pues el proceso de integración, o no ha llegado todavía a un nivel suficiente de consolidación para plantear la armonización como paso previo a la consecución de una solución legislativa conjunta en sede de derecho de bienes, derechos reales, obligaciones y contratos, por otearse muy lejana todavía en el horizonte, aun pecando de optimismo; o bien porque las alianzas creadas afectan a cuestiones que no guardan relación alguna con el tópico del sistema de transmisión de la propiedad de las cosas muebles. Toda proyección en esa línea, a día de hoy, resulta ilusoria, por no decir visionaria, en el sentido propio del calificativo, si somos realistas. En efecto, una parte de estas uniones se circunscriben al campo económico (ALADI)¹⁸³; otras, a un espacio político (CELAC¹⁸⁴; UNASUR¹⁸⁵); también las hay que comprenden, además del terreno político, el económico y social (ALBA)¹⁸⁶; incluso, las que abarcan un mayor espectro de actuaciones y objetivos, si bien todavía, o no están muy consolidadas por su bisoñez (Alianza del Pacífico)¹⁸⁷ o, aun cuando son más experimentadas y cuentan con un mayor grado de integración, no han atravesado las etapas necesarias para avizorar, primero, y luego concretar una legislación común de Derecho privado (CAN¹⁸⁸; MERCOSUR¹⁸⁹).

CONCLUSIONES

I. Con relación al tópico de la transmisión de la propiedad podemos destacar tres sistemas tradicionales: causal con *traditio* (teoría del título y el modo),

causal consensual (modelo francés), abstracto con *traditio* (modelo alemán). No obstante lo anterior, debemos superar ciertos mitos y señalar que, difícilmente, un modelo responde a un esquema puro y categórico, ya que puede presentar algunas fisuras y excepciones a las reglas generales en el análisis de los casos particulares. Por ello, declarar que la propiedad se transfiere por efecto de tal o cual elemento corre el riesgo de plantear una visión sesgada y, por tanto, no real del sistema jurídico que se considere.

II. El principal y más avanzado marco de integración y armonización jurídico en la actualidad lo constituye el ejemplo de la Unión Europea (UE), tal como lo demuestran los pasos dados en cuestiones de Derecho privado y, más aún en materia contractual, si bien con un excesivo planteamiento sectorial, llegando a un casuismo absoluto, con altas dosis de asistematicidad, incoherencias y soluciones diferentes. De ahí que la unificación legislativa europea, como paso posterior al de la armonización, debe abordar todo el Derecho privado en su conjunto a los fines de superar las deficiencias apuntadas.

III. A nuestro juicio, por lo que a la armonización del Derecho se refiere, el debate no ha de ser concebido como una disputa entre opuestos (Derecho alemán o francés; *common law* o *civil law*), sino más bien desde una concepción amplia y plural basada en las distintas configuraciones tradicionales existentes, hasta el punto de que el Derecho comparado asumirá un protagonismo especial y habrá de impulsar los cambios necesarios en aras de la construcción de un nuevo Derecho, en cuyo proceso deberá olvidar su tinte netamente eurocéntrico y tendrá que superar el enfoque exclusivamente iusprivatista del Derecho, para lo cual deberá abogar por dar entrada también a otras disciplinas y convertirse en una «referencia de mínimos».

IV. En esa línea de actuación, las dos orientaciones metodológicas que parece tomar carta de naturaleza son elaborar unos «principios comunes» extraídos de los distintos ordenamientos jurídicos implicados como fase previa a la codificación (modelo doctrinal); o bien crear *ex novo* una solución única acorde con la realidad actual mediante la confección de un Código supranacional que tienda con el tiempo a sustituir los Derechos nacionales por medio de una norma obligatoria y vinculante (modelo legal).

V. A tal fin, se impone la necesidad de regular de manera conjunta el Derecho patrimonial bajo un concepto de unidad, comprensivo tanto del Derecho de obligaciones como del de bienes, toda vez que difícilmente se puede integrar el Derecho de los contratos sin abordar al unísono la exigencia de armonizar los diversos sistemas de transmisión de la propiedad¹⁹⁰ puesto que, de no ser así, podríamos encontrarnos con desajustes y desviaciones entre el Derecho legal y el Derecho real aplicado. La dificultad de este reto legislativo unificador plantea una serie de cuestiones de gran calado en torno al eventual instrumento jurídico creado al efecto, entre las que destacan: la superación de la dispersión legislativa; la relación entre el *civil law* y el *common law*; el método utilizado;

su carácter vinculante u opcional; su idioma; su transposición a los respectivos Estados; la relación del TJUE con las respectivas jurisdicciones nacionales; e, incluso, el modelo codificador referencial.

VI. En este sentido, resulta alentadora la iniciativa tendente a la redacción de un Código de Derecho civil europeo comprensivo del Derecho patrimonial en su conjunto, a partir de la elaboración de unos Principios que reflejen reglas comunes doctrinales sobre la materia, en cuya búsqueda no solo habrá de tenerse en cuenta el método comparativo entre los distintos ordenamientos jurídicos implicados, sino también ineludiblemente, el método histórico. Sirva de ejemplo en este camino de largo aliento, a nuestro juicio, el Código civil holandés (1992, *Nieuw Burgerlijk Wetboek*, NBW), que ya en su espíritu refleja la tendencia a favor de un sistema mixto de transmisión de la propiedad, con el soporte jurídico representado por los artículos 46 y 45 del *Anteproyecto de Código Europeo de Contratos*.

INDICE DE JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

- Sentencia de 26 de marzo de 1920
- Sentencia de 26 de febrero de 1942
- Sentencia de 12 de abril de 1957
- Sentencia de 30 de junio de 1962
- Sentencia de 31 marzo de 1964
- Sentencia de 18 de febrero de 1965
- Sentencia de 29 de marzo de 1965
- Sentencia de 18 de diciembre de 1974
- Sentencia de 17 de diciembre de 1984
- Sentencia de 14 de octubre de 1985
- Sentencia de 22 diciembre de 1986 (*RJ* 7795)
- Sentencia de 30 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4800)
- Sentencia de 20 de octubre de 1989 (*RJ* 1989, 6945)
- Sentencia de 20 de octubre de 1990 (1990, 8029)
- Sentencia de 22 de julio de 1993 (1993, 7354)
- Sentencia de 1 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 1637)
- Sentencia de 6 de mayo de 1994 (1994, 4051)
- Sentencia de 13 mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4233)
- Sentencia de 31 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3866)
- Sentencia de 27 de junio de 1996 (*RJ* 1996, 4797)
- Sentencia de 7 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6723)
- Sentencia de 18 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6725)

- Sentencia de 30 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4328)
- Sentencia de 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 4328)
- Sentencia de 10 de julio de 1997 (1997, 6180)
- Sentencia de 18 de julio de 1997 (RJ 1997, 5516)
- Sentencia de 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065)
- Sentencia de 25 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8428)
- Sentencia de 21 de marzo de 1998 (252, 1998, en ECLI: ES: TS: 1998:1889)
- Sentencia de 18 de mayo de 1998 (1998, 4862)
- Sentencia de 16 de junio de 1998 (577/1998, en ECLI: ES: TS: 1998: 3995)
- Sentencia de 14 de julio de 1998 (711/1998, en ECLI: ES: TS: 1998: 4728)
- Sentencia de 30 de marzo de 1999 (291/1999, en ECLI: ES: TS: 1999: 2241)
- Sentencia de 3 de diciembre de 1999 (1999/37893)
- Sentencia de 22 diciembre de 2000
- Sentencia de 9 de octubre de 2001 (925/2001, en ECLI: ES: TS: 2001: 7744)
- Sentencia de 14 febrero de 2002 (106/2002, en ECLI: ES: TS: 2002: 5151)
- Sentencia de 13 de marzo de 2002
- Sentencia de 20 junio de 2002 (RJ, 5231)
- Sentencia de 10 de julio de 2002 (698/2002, en ECLI: ES: TS: 2002: 1001)
- Sentencia de 14 octubre de 2002 (RJ, 10171)
- Sentencia de 28 de marzo de 2003 (RJ, 3193)
- Sentencia de 10 de mayo de 2004
- Sentencia de 5 de octubre de 2005
- Sentencia de 14 de junio de 2007
- Sentencia de 7 de septiembre de 2007 (928/2007, en ECLI: ES: TS: 2007: 5823)
- Sentencia de 13 de noviembre de 2009 (731/2009, en ECLI: ES: TS: 2009: 7111)
- Sentencia de 2 de diciembre de 2010. (805/2010, en ECLI: ES:TS:2010:6944)
- Sentencia de 19 de junio de 2014 (352/2014, en ECLI: ES: TS: 2014: 2481)
- Corte Suprema de Justicia, Colombia
- Sentencia de 9 de junio de 1999, Sala Casación y Agraria (expediente 5265)
- Sentencia de 13 de junio de 1999
- Consejo de Estado, Sala Contencioso-administrativo, Sección tercera, Colombia
- Sentencia de 30 de enero de 2013 (2001-00195)
- Sentencia de 26 de febrero de 2014 (2000-01407)

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA BARCHET, B. (2004). *Juristas universales. Juristas modernos II* (Coord. Rafael Domingo). Pons, Madrid-Barcelona.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2003). La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva, en *Derecho Privado Europeo* (Cámara Lapuente, Coord.), Madrid. Colex, 107 y sigs.
- ALPA, G. (1987). *Contratto e common law*. Cedam. Padova, 261-270.
- (2000). European Community resolutions and the codification of private law. *European Review Law Private (ERLP)*, 321-334.
- ALPA, G.; BUCCINO, E.N. (dirs.). (2001). *Il Codice Civile Europeo. Materiali dei seminari 1999-2000. Raccolti da Guido alpa, Emilio Nicola Buccino*, Giuffrè, Milano.
- ÁLVAREZ SUÁREZ, U. (1945). *El problema de la causa de la tradición*. Madrid.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. y VAQUER ALOY, A. (2002). *Un nuevo impulso para el Derecho privado europeo*. La Ley, n.º 5482, 14 de febrero de 2002, 1788 y sigs.
- (2008). Los Principios del Derecho contractual comunitario. *A.D.C. LXI, I*, 211 y sigs.
- AUBERT DE VINCELLES, A. (2008). *La recherche d'une cohérence en droit européen*, en *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe-quelles perspectives pour quel équilibre?* (dir. Wicker, G.). Litec, 7 y sigs.
- AAVV. (2004). *Juristas Universales*, 4 vols., Rafael Domingo (Ed.), Madrid-Barcelona, Pons.
- BARRIENTOS GRANDÓN, J. (2003). De la «tradición» y su definición en el «Código civil» chileno, *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fueyo Laneri*, n.º 1, 11-108.
- BASEDOW, J. (2004). Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz, en AA.VV. *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts*. Festschrift für Egon Lorenz. VVW. Karlsruhe, 93 y sigs.
- BASZ, V.A. (2002). *Temas de Derecho Privado. Armonización legislativa en áreas integradas*. Argentina. Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires.
- BELDA MERCADO, J. (2001). *Presupuestos romanísticos de la transmisión de la propiedad y compraventa en la dogmática jurídica moderna*, Granada, Comares.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. (1999). *Tradición instrumental y posesión*. Madrid, Aranzadi.
- BERGE, J.S.; ROBIN-OLIVIER, S. (2008). *Introduction au droit européen*. PUF, Paris.
- BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB, Caracas.
- (2012). *Derecho civil patrimonial. Obligaciones*. II, IV. Publicaciones UCAB, Caracas.
- (2015). *Ministerio, vocación y sacerdocio de Andrés Bello por el Derecho romano*. RIDROM. 15-2015. ISSN-1989-1970, <http://www.uclm.es>, 126 y sigs.
- BESTA, E. (1964). *I diritti sulle cose nella storia del diritto italiano*. Milano, Giuffrè.
- BETTI, E. (1961). *Crítica de los sistemas de transmisión* (Conferencia). Primer Congreso de Derecho Registral. Madrid, 325 y sigs.
- BIROCCHI, I. (1991). *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatística*, Atti del Congresso Internazionale, A cura di Letizia Vacca. Milano. Giuffrè, 455 y sigs.

- BLACKSTONE, W. (1966). *Commentaries on the laws of England II*. London. Dawsons (edición facsímil de la 1ª ed. 1723-1780).
- BONELL, M. J. (1994). *An Internacional Restatement of contract law: The Unidroit principles of international commercial contracts*, New York.
- (1980). El modelo de common law e la nueva convención sobre la venta internacional (Viena, 1980), en Tedeschi, V.; Alpa, G. (dirs.). *Il contratto nel diritto nord-americano. Appunti e materiali*. Giuffrè. Milano, 7 y sigs.
- BOSCH CAPDEVILLA, E. y otros. (2009). *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch, Barcelona.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. y otros (Coords.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, I, 347-379.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (1999). ¿Hacia un Código civil europeo: realidad o quimera? *La Ley*. 1999, 2, 1668-1676.
- (2002). El hipotético «Código civil europeo»: ¿Por qué, cómo y cuándo? Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo. Vol. 1. Madrid, 347 y sigs.
- (2003). Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace, en *Derecho privado europeo* (Coord. Cámara Lapuente, S.). Colex, Madrid.
- CAMPUZANO DÍAZ, B. (2002). ¿Hacia un Derecho contractual europeo? *Anuario de Derecho europeo II*, 43 y sigs.
- (2004). El plan de acción para un Derecho contractual más coherente. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional IV*, 289 y sigs.
- CANNATA, C.A. (1997). L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storicocomparatistico, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storicocomparatistica. Materiale per un corso di diritto romano*. A cura di Letizia Vacca, Torino. Giappichelli, 3 y sigs.
- (1996). *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Tecnos. Madrid.
- CARAVALLE, M. (2005). *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*. Bologna, 181 y sigs.
- CASINOS MORA, F. J. (2003). ¿De Bolonia a Bruselas? El Derecho romano ante la unificación del derecho contractual europeo. *Notas críticas, Derecho patrimonial europeo* (Coord. Guillermo Palau Moreno), Navarra, Thomson-Aranzadi, 67 y sigs.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1984). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Segundo, volumen I. Reus, Madrid.
- COING, H. (1996). *Derecho privado europeo* (trad. Fundación Cultural del Notariado, Madrid, I).
- CUENA BOY, F. (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Bosch. Barcelona, 225 y sigs.
- CUENA CASAS, M. (1996). *Función del poder de disposición en el sistema de transmisión onerosa de los derechos reales*. Barcelona, Bosch.
- (2010). Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo. *RCDI* n° 722, 2909-2947.
- (2016). Artículo 609. Modos de adquirir la propiedad. *Código civil comentado. Vol. 2: Libro III: De los diferentes modos de adquirir la propiedad (arts. 609 a 1087)*. Ana Cañizares Laso, Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Orduña Moreno, Rosario Valpuesta Fernández (coord.). Civitas, Madrid.

- DANOS, F. (2013) Étude sur les différents systèmes de transfert de la propriété: les exemples du Code prussien de 1794, du Code civil autrichien de 1811 et du Code civil espagnol de 1889. *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, fasc. 4.
- DE COSSÍO, A. (1975). *Derecho Civil 2*. Alianza Editorial, Madrid.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1982). *La adquisición a non domino de bienes muebles: Nuevo estudio sobre el artículo 464, I del Código civil*. Serie Monografías. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.
- DE LA MATA, A. (2003). Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. *Aranzadi Civil n° 1*, 2077-2105.
- DE LOS MOZOS, J.L. (1966). Negocio abstracto y reconocimiento de deuda. *ADC*, Tomo XIX, 2. Abril-junio. Madrid, 369-423.
- (1967). La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión del dominio. *RGLJ*. 1967, II, 72 y sigs.
- (1991). El derecho de bienes en el Código civil. *Anales de la Academia de Jurisprudencia y Legislación*, n° 21. Curso 1988-1989. Estudios sobre derecho de bienes. Madrid, 9 y sigs.
- (2002). La transmisión de la propiedad en el anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía, en *Noticias de la Unión Europea*, n° 209, 107 y sigs.
- (2002). El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. *La Ley*, n° 5629.
- DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. (2007). La transmisión de la propiedad en el Derecho español. Principios y problemas fundamentales. *Estudios de Derecho romano en homenaje al profesor Dr. Francisco Samper*. Librotecnia. Santiago de Chile, 333 y sigs.
- DE MARTINO, F. (2004). Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa, en *L'Europe du troisième millenaire*. Mélanges Gandolfi I, Milano, 229 y sigs.
- DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A. (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas. Madrid, 2002, 75 y sigs.
- DROGNIB, U. (2011). Transfer of Propert, en A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, CH. Mak, E. Du Perron, *Towards a European Civil Code*, 4.ª ed. revisada y ampliada, Kluwer Law International BV, Nijmegen, 1003-1023.
- ESPÍN, D. E. (1945). La transmisión de los derechos reales en el Código civil español. *RDP*, n° 339, 349 y sigs.
- ESPINOSA QUINTERO, L. (2004). Hacia un sistema contractual uniforme. Modelos comparados. Civilizar. *Revista electrónica de difusión científica*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Enero 2004, en <http://hdl.handle.net/11232/314> (consultado con fecha 12 de enero de 2016).
- FELDSTEIN, DE CÁRDENAS, S.A. (2003). El Derecho Internacional Privado y los procesos de integración regional. *Síntesis Forense*, enero. Colegio de Abogados de San Isidro, Argentina.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, A. (1998). Inesenciabilidad de la obligación de transmitir la propiedad como derivada de contrato de compraventa y validez de venta de cosa ajena. *Revista de Derecho Patrimonial*, 1, 175 y sigs.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, M. C. (1994). *Compraventa de cosa ajena*. Bosch, Barcelona.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. (2003). *Ius Mercatorum, Autorregulación y Unificación del Derecho de los negocios transnacionales*. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid.
- FERRERI, S. (1988). *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*. Giuffrè, Milano.
- GALGANO, F. & MARRELLA, F. (2004). *Diritto del Commercio Internazionale*. Cedam, Padova.
- GALGANO, F. (2005). *La Globalización en el espejo del derecho*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe de Argentina.
- GANDOLFI, G. (2001). *Code Europeen de contracts. Avant-proyect*. Livre Premier, Milano, Giuffrè.
- (1991). Per un Codice europeo dei contratti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 781 y sigs.
- GANUZA FERNANDEZ, J.J. (2011). Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo. *Indret 2/2011*, 1-29.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2007). La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles. *Revista Jurídica del Notariado*, n° 64, 59-112.
- GARCÍA CANTERO, G. (1980). Comentario artículos 1445 a 1541, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, Madrid, EDERSA, 72 y sigs.
- GARCÍA GARRIDO, M.J. (1991). Los efectos obligatorios de la compraventa en el Código civil español, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storicocomparatistica*, Acti del Congresso Internazionale, A cura di Letizia Vacca, Milano, Ed. Giuffrè, 341 y sigs.
- GARCÍA PÉREZ, R.M. (2011). Construcción del incumplimiento en la propuesta de modernización: la influencia del Derecho privado europeo, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Dir. Albiez Dohrmann, K.J.), Atelier. Barcelona, 339.
- GARRO, A. (1992). *Armonización y Unificación del Derecho Privado en América Latina*. Centro de Estudio de Derecho Comparado y Extranjero. Roma. Disponible en: <http://www.crdfs.org/garro.html> Herber, R. (2003).
- GORDON, W.M. (1970). *Studies in the Transfer of Property by «traditio»*. Aberdeen, University Press.
- GIMÉNEZ ROIG, E. (1991). *Transmisión del derecho de propiedad por contrato de compraventa*. Madrid, 1991.
- GLANERT, S. (2011). *De la traductibilité du droit*. Dalloz, Paris.
- GÓMEZ POMAR, F. (2008). The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective. *Indret 2/2008*, 1-30.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1925). El principio de inscripción en el Derecho hipotecario. *RCDI*, noviembre (1925), 760 y sigs.
- (1925). Desde la teoría del título y el modo al llamado principio del consentimiento. *RCDI*, n° 3. Madrid, 170 y sigs.
- GOODE, R. (1986). The codification of Commercial Law. *Monash Law Review* 14, 135 y sigs.
- GUZMÁN BRITO, A. (2000). *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- (2004). *L'avenir de la codification en France y en Amérique latine*. Información obtenida en http://www.senat.fr/colloques/colloque_codification/colloque_codification8.html (consulta en fecha 26 de noviembre de 2015).

- (2006). *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor, Pamplona, Navarra, Thomson-Aranzadi.
- HANISCH ESPINDOLA, H. (1983). *Andrés Bello y su obra en el Derecho romano*. Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas, Santiago de Chile.
- HARTKAMP, A. (1993). *Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht*, 57 *Rebels Zeitschrift*, 664-684.
- HECK, F. Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft. *RCDI* números 450-451, 1965, 1446, 1447.
- HESSELINK, M. (2002). Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?», en Alpa, G. y Buccico, E. *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice Civile Europeo*. Milán, 71-82.
- JACQUET, J.M. (2011). *Les juristes de l'Union. Aperçu sociologique*. JCP G. Etude 1297.
- JEREZ DELGADO, C. (2004). Tradición y registro. Madrid, *Cuadernos de Derecho Registral*.
- (2002). *Hacia la inscripción constitutiva*. Dykinson, Madrid.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1986). El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Económica Europea. *Revista de Administración Pública*, 119 y sigs.
- JIMENEZ MUÑOZ, F.J. (2010). El camino hacia un derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final? *Actualidad Civil* núm. 11, 1223 y sigs.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (2002). La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil. *RCDI*, n° 671, 831-874.
- LAMARCA MARQUÉS, A. (2001). La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB. *Indret 2001/2*;
- (2002). Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones. *Indret 2002/1*, en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/31412>; <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/31385> (consultados con fecha 26 de mayo de 2017).
- LANDO, O. Some features of the Law of Contract in the Third Millennium. *Scandinavian Studies in Law*, en <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf> (consultado con fecha 11 de mayo de 2017).
- LEGRAND, P. (1997). Against a European Civil Code. *Modern Law Review*, 1997/60, 44-63.
- LEQUETTE, Y. (2002). Quelques remarques à propos du projet du code civil européen de Mr. Von Bar. *Le Recueil Dalloz. Chroniques* n° 28, 2202-2214.
- LUIG, K. (1995). The history of Roman private law and the unification of European law. *ZEP 1995/5*, 405-427.
- (1997). The history of Roman private law and the unification of European law. *ZEUP*, 405 y sigs.
- MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (1999). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 2ª ed. Mc Graw Hill. Madrid, 213 y sigs.
- MARCIALI, S. (2007). *La flexibilité du droit de l'Union européenne*. Bruylant, Bruxelles.
- MARTINY, D. (1999). *Europäisches Privatrecht-Greifbar oder unerreichbar*, en *Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch*. Berlin, u. a., 1-17.
- MATEO Y VILLA, I. (2014). *Derecho inmobiliario registral suizo*. Dykinson, Madrid.
- (2014). *El sistema inmobiliario suizo*. Comares, Granada.

- MEREMINSKAYA, E.A. (2003). Impactos de la Integración Económica en la Aplicación del Derecho Privado. *Revista de Derecho Universidad Austral*, Vol. XV. Chile, 59-73.
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1993). ¿Es abstracto el consentimiento formal en el sistema inmobiliario alemán?, *RCDI* n.º. 616, 976 y sigs.
- MILLÁN MORO, L. (1984). Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Revista de Instituciones Europeas*, 454 y sigs.
- MÖLLERS, T. The Role of Law in European Integration. *The American Journal of Comparative Law*, 2000/4, 688 y sigs.
- MORALES MORENO, A.M. (2003). Adaptación del Derecho civil al Derecho Europeo: La compraventa. *ADC* n.º 56, fasc. 4 (octubre-diciembre), 1610 y sigs.
- MORÁN BOVIO, D. (Coord.) (1998). *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*. Aranzadi, Pamplona.
- MÜLLER-GRAFF, P.C. (1998). Directives as a Means of Private Law Unification, en *Towards a European Civil Code*, 77-80.
- NAVARRO CASTRO, M. (1997). *La tradición instrumental*. Bosch. Barcelona.
- NOTTAGE, L. (2003). Convergence, Divergence. Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law, en www.iue.it/LAW/res/nottage/EUI WorkingPaper4.pdf (mayo de 2003).
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1961). Causa de la *traditio* y causa de la *obligatio*. *RCDI* números 396-397, 573-641.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2002). *Contrato internacional de mercaderías. Ambito de aplicación del Convenio de Viena de 1980*. Tirant lo Blanc, Valencia.
- ORDUÑA MORENO, F.J.; DE LA PUENTE ALFARO, F. (dir.) (2009). *Los sistemas de transmisión de la propiedad inmobiliaria en el derecho europeo*. Civitas, Madrid.
- OTTE, G. (1964). *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria* (Koln - Graz, Böhlau).
- OVIDEO ALBÁN, J. (2008) *Regulación del contrato de compraventa internacional de mercaderías*. Ibáñez. Bogotá, D.C.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *ADC*, 1993-4, 1719-1745.
- PARISE, A. (2009). El código civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: Diseminación mediante la inclusión en el proyecto de Florencio García Goyena. *Iushistoria* n.º 6. Buenos Aires, 33-99.
- (2013). *Historia de la Codificación Civil del Estado de Luisiana y su Influencia en el Código civil Argentino*. Buenos Aires, Eudeba.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2002). Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa. *Actualidad Civil* 2002, n.º 3, 1163 y sigs.
- PARRA RODRÍGUEZ, C. (2001). *El nuevo Derecho internacional de los contratos*. Bosch. Barcelona, 105 y sigs.
- PAU PEDRÓN, A. (2004). La convergencia de los sistemas registrales en Europa. Madrid, *Cuadernos de Derecho Registral*.
- (1982). Panorama del sistema inmobiliario alemán. *RCDI* n.º 551, junio-agosto. Madrid, 696 y sigs.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n.º 14, 201 y sigs.

- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. (2008). La transmisión de la propiedad en el contrato de compraventa y la acción pro forma. *Revista Mexicana de Derecho* n° 10. Colegio de Notarios del Distrito Federal. México, en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/mexder/cont/10/cnt/cnt7.pdf (consultado 2 de noviembre 2015).
- PETIT SEGURA, M.A. (1990). *La doble venta y la doble disposición de una misma cosa: (La teoría del «iter» pluscuamperfecto como fórmula de integración del sistema de título y modo y la adquisición «a non domino»)*, Barcelona.
- PETRONIO, U. (1991). Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del 'Code Civil' e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, en Vacca, L. (editora), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*. Milano, Giuffrè.
- PICKLES, T. (2012). *Mixed jurisdictions worldwide. The third legal family*. Vernon Valentine Palmer (ed.). 2ª ed. Cambridge.
- PIRES DE LIMA, F.A.; ANTUNES VARELA, J. (1972). *Código civil anotado III*, Coimbra editora, Coimbra.
- PLAZA PENADÉS, J. (2003). Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo. *Derecho patrimonial europeo* (Coord. Prats Albentosa, L; Palao Moreno, G.; Reyes López, M.J.). Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 301 y sigs.
- QUINTERO ESPINOSA, L.A. (2004). Hacia un sistema contractual uniforme. *Revista electrónica de difusión científica CIVILIZAR*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, Colombia. Disponible en: <http://www.usergio.arboleda.edu.co/civilizar>.
- RABAGNY, A. (2003). *L'image juridique du monde, apparence et réalité*. PUF, Paris.
- RANIERI, F. (1970). *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astratto*. I, 38, 315 y sigs.
- RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2011). La doble venta a la luz de las nuevas tendencias del Tribunal Supremo. *Boletín del Colegio de Registradores de España* n° 176, 481-504.
- ROBLES VELASCO, L.M. (2010). El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción? *RIDROM* n° 4, 56 y sigs.
- ROCA SASTRE, R.M. (1948). La venta de cosa ajena. *Estudios de Derecho Privado I. Obligaciones y contratos*. Madrid. Edersa, 364 y sigs.
- RODRÍGUEZ-PINTO, M.S. (2000). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, 13 de junio 1999, Alfaro contra López. Juicio ordinario declarativo. La cláusula ¿se faculta al portador? y la transferencia de propiedad por tradición. *Revista chilena de Derecho*. Volumen 27, n° 1, 167-175.
- ROGOWKI, R. (2004). *Aufbruch in das Weltrecht*. Thesen zu Recht und Politik in Luhmanns Weltgesellschaft, Aufbruch in den rechtsfreien Raum: Normvirulenz als kulturelle Ressource, Heidelberg, Manutius Verlag. Disponible en: http://www.iablis.com/iablis_t/2004/rogowski.htm.
- ROMERO Y GIRÓN, V. (1890). Colección de las instituciones políticas y jurídicas de los pueblos modernos, Madrid, José Góngora, VI. *Instituciones y códigos de Holanda, Código civil de Holanda*.
- RÖTHLISBERGER, A. (1982). *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobiliariübereignung. Eine vergleichende Untersuchung zu der iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen* (Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, s.d.).
- ROBLES VELASCO, L.M. (2010). El futuro Código europeo de contratos, ¿Una nueva recepción? *RIDROM* n° 5, 56 y sigs.

- RUBIO GARRIDO, T. (1993). *Contrato de compraventa y transmisión de la propiedad*. Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España.
- SACCO, R. (1979). Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par act entre vifs en droit comparé. *Rivista di diritto civile* I, 441 y sigs.
- (2001) *Diversity and Uniformity in the Law, The American Journal of Comparative Law*. Proyectos científicos dedicados al derecho comparado en Europa en internet: The Study Group on a European Civil Code (www.sgecc.net), The Common Core of European Private Law (www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html).
- (1991). *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Economica, Paris.
- SÁNCHEZ CEBRIÁN, J. (2008). La teoría general de la transmisión de bienes y el Registro de la Propiedad en España. *Revista de Derecho* n° 30. Barranquilla, julio-diciembre. Información obtenida en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000200002&script=sci_arttext (consultado con fecha 9 de diciembre de 2015).
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (2002). *Derecho privado europeo*. Comares, Granada.
- (2009). La unificación del Derecho contractual y su problemática: la respuesta de la Unión Europea, en *Derecho contractual europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, 85-118.
- SARMIENTO SOSA, C.J. A. (2006). Algunas acotaciones sobre globalización y Unificación del derecho en Iberoamérica. *Revista internauta Práctica Jurídica* n° 17, enero.
- SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R. (2002). *Textos básicos del Derecho privado europeo. Recopilación, presentación, coordinación*. Estudio preliminar y anotaciones de E. Arroyo i Amayuelas. Madrid, Marcial Pons.
- SCHUTTE, P.J.W. (2012). *The characteristics of an abstract system for the transfer of property in South African law as distinguished from a causal system*. PER/PELJ 2012 (15) 3, 137 y sigs. Información obtenida en <http://dx.doi.org/10.4314/pelj.v15i3.6> (consultado con fecha 8 de diciembre de 2015).
- SILVA ALONSO, R. (2000). Vélez Sarsfield en el nuevo Código civil paraguayo. Separata de *Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield*. Tomo V. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República Argentina, 27 y sigs.
- SOLIDORO MARUOTTI, L. (2003). *La tradizione romanistica nel diritto europeo. II-Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*. Giappichelli, Torino.
- SÖLLNER, A. (1960). *Die causa im Konditionem und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren...*, SZRom (Romanistische Abteilung) 77, 182 y sigs.
- SOZA RIED, M.A. (2003). La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico? *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 30, n° 2. Sección Estudios. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Chile. Santiago de Chile, 287-305.
- STEIN, P.G. (1992). Roman law, common law, and civil law. *Tulane Law Review*, 1591 y sigs.
- TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2014). *La transferencia del riesgo del precio y la transmisión de propiedad: hacia una definitiva desconexión conceptual y temporal en sede de armonización europea*. ADC, LXVII, fasc. I, 113 y sigs.
- VACCA, L. (2013). «Emptio venditio» e «iusta causa traditionis» (a proposito di alcuni libri recenti), en *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 79.
- VAN VLIET, L.P.W. (2003). *Iusta causa traditionis* and its history in European Private Law, en *European Review of Private Law*, 3, 342 y sigs.

- VAQUER ALOY, A. (2002). La vocación europea del Derecho civil. Reflexiones sobre la oportunidad de un Código civil europeo. La Ley, n.º 5535, Jueves, 2 de mayo de 2002, (D.119, t. III), 1603 y sigs.
- VATTIER FUENZALIDA, C. y otros (2003). Código europeo de contratos. Academia de iusprivatistas europeos (Pavía). *Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos*, I, Madrid, Dykinson-Universidad de Burgos, 15 y sigs.
- VÖLKL, A. (1991). *Das Lösungsrecht von Lübeck und München* (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte 28), Wien/Köln/Weimar.
- VON BAR, C.; DROBNIG, U. (2004). *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*. Sellier, Munich.
- WACKE, A. (1998). Transferimento della proprietà in virtù di mero consenso o solo a seguito della tradizione del bene? Sulle divergenze nei percorsi della recezione e sul possibile superamento delle stesse, en *Europa e diritto privato* 1998, 4, 1035 y sigs.
- (1974). *Das Besitzconstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*. Hanstein, Köln.
- WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. Lex Nova, Valladolid.
- WIEACKER, F. (1959). *Humanismus und Rezeption*, en *Gründer und Bewahrer*, 44 y sigs.
- WHITTAKER, S. (2009). The Elaboration of the Common Frame of Reference. Traslating the «Tool-box». *RDC*, 795 y sigs.
- WITZ, C. (2000). Plaidoyer pour un code européen des obligations. *Dalloz*. n.º 5, 79 y sigs.
- ZIMMERMANN, R. (2000). *Estudios de Derecho privado europeo* (tr. de VAQUER ALOY, A.). Madrid, Civitas.
- (1996). *The Law of obligations*. Chapter 9: Emptio Venditio II. 2.ª ed. Clarendon Press, Oxford.
- (2008). *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado* (trad. E. Arroyo). Bosch, Barcelona.
- (1992). Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit. *Juristen Zeitung*, 8 y sigs.
- (2004). Roman law and European legal unity, en *Towards a European Civil Code* (A. S. Hartkamp et al.). Nijmegen: Ars aequi, 21 y sigs.
- (2000). El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una nueva ciencia jurídica europea. *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. Vaquer Aloy, A.). Civitas. Madrid, 19 y sigs.
- ZIMMERMANN, R. & WHITTAKER, S. (2000). *The Common Core of European Private Law Project: Good faith in European Contract Law*. Cambridge, University.
- ZWALVE, W.; SIRKS, B. (2012). *Grünzüge der europäischen Privatrechtsgeschichte. Einführung und Sachenrecht*, Wien y otras, Böhlau, s.d.
- ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Introducción al Derecho comparado*, Oxford. University Press, México.

NOTAS

¹ Este trabajo ha sido cofinanciado gracias a la colaboración del Programa Operativo FEDER Aragón 2014-2020, «Construyendo Europa desde Aragón». Grupo de Investigación ECONOMIUS-J. Código de Referencia S07_17D.

² CASTÁN TOBEÑAS, J. (1984). *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Segundo, volumen I. Reus. Madrid, 242 y sigs

³ KASER, M. (1962). *Compraventa y transmisión de la propiedad en el Derecho romano y en la dogmática jurídica moderna*. Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid, Valladolid.

⁴ Una revisión bibliográfica sobre el particular en SACCO, R. (1979). Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par act entre vifs en droit comparé. *Rivista di diritto civile* I, 441 y sigs

⁵ FUENTESECA, P. (1991). Transferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca. Aprile 1990, I. Giuffrè. Milano, 73-118.

⁶ El Derecho romano clásico mantuvo el principio según el cual el mero acuerdo de voluntades no transmitía la propiedad de la cosa vendida (D. 18, 1, 25, 1; 18, 1, 78, 2; 19, 1, 11, 8; 19, 1, 11, 13; 19, 1, 30, 1; 19, 1, 50; *Codex* 8, 44, 3), de ahí que precisaba para ello la realización de alguno de los actos traslativos del dominio reconocidos por el ordenamiento jurídico romano, unos abstractos (*mancipatio, in iure cessio*), y otro causal (*traditio*). Al respecto, BERNAD MAINAR, R. (2013). *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones UCAB. Caracas, 268 y sigs

⁷ Precisamente, Gayo deslinda la *traditio* de la adquisición originaria, pues en esta basta un acto real natural para que se verifique, en tanto que la *traditio* requiere de la denominada *iusta causa*, esto es, una relación jurídica bilateral entre enajenante y adquirente, con lo cual el citado jurista romano diferencia con claridad la *traditio* de los actos formales civiles (*Institutiones Gai* 2.20 y 65; *Res quotidianae*). Sobre el particular, KASER, M. (2004). *Ius Gentium* (trad. F.J. Andrés Santos). Comares. Granada, 123.

⁸ LEVY, J.P.; CASTALDO, A. (2002). *Histoire de droit civil* (nº. 396 *Le déclin de la tradition*). Dalloz. Paris, 577-578; PETRONIO, U. (1991). Vendita, trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code Civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, en VACCA, L. (edit.) *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*. Giuffrè. Milano, 169-186.

⁹ En este sentido, ver POTHIER, R.J. (1861). *Traité du droit de domaine de propriété* (IV), en *Oeuvres de Pothier* (edit. J.J. Bugnet). H. Plon-Cosse et Marchal, Paris, 186, 187, cuando señala: «*Quoi qu'il soit de cette question traitée selon le pur droit naturel, qui nous abandonnons la dispute de l'école le principe de Droit romain que 'le domaine de propriété d'une chose ne peut passer d'une personne à une autre que par la tradition réelle ou feinte de la chose', étant un principe reçu dans la jurisprudence, comme en conviennent ceux qui sont de l'opinion contraire, nous devons y tenir*».

¹⁰ COING, H. (1996). *Derecho privado europeo*, I (trad. A. Pérez Martín) Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 494.

¹¹ Vemos aquí vestigios de instituciones jurídicas germánicas medievales, tales como la *sala* o *salunga* y la *Gewere*, esto es, el acuerdo contractual de naturaleza formalista (declaración traslativa de voluntad sumada a la entrega simbólica de la cosa formalizadas mediante el abandono del poder jurídico sobre la cosa a cargo del *tradens* —*Aufflassung*—; y la toma efectiva de la posesión mediante la investidura simbólica del adquirente). La transmisión de la propiedad se verificaba fruto del acto solemne realizado —*negocio solemne* y *abstracto*—, sea cual fuera su causa, como consecuencia de la ejecución de ciertas solemnidades externas y no del mero consentimiento. Al respecto, DE COSSÍO, A. (1975). *Op. cit.*, 2, 564.

¹² DE COSSÍO, A. (1975). *Op. cit.*, 2, 562.

¹³ DROGNIB, U. (2011). Transfer of Propert, en A. Hartkamp, M. Hesselink, E. Hondius, CH. Mak, E. Du Perron, *Towards a European Civil Code*, 4.^a ed. revisada y ampliada, Kluwer Law International BV, Nijmegen, 1003-1023.

¹⁴ ROMERO Y GIRÓN, V.; GARCÍA MORENO, A. (1890). *Colección de las instituciones jurídicas y políticas de los pueblos modernos. VI. Instituciones y códigos de Holanda, Código civil de Holanda*, Madrid.

¹⁵ Libro 3, *Vermogensrecht* (De la propiedad en general). Título 4: adquisición y pérdida de bienes (arts. 80-106), Sección primera (Disposiciones generales, arts. 80-82), Sección segunda (Transferencia de bienes, arts. 83 y sigs.); Título 5: propiedad y posesión (arts. 107-125). Información obtenida en http://wetten.overheid.nl/BWBR0003045/Boek2/Titel7/Afdeling2/Artikel309/geldigheidsdatum_07-12-2015 (consultado con fecha 7 de diciembre de 2015)

¹⁶ Ver en este sentido, SCHUTTE, P.J.W. (2012). *The characteristics of an abstract system for the transfer of property in South African law as distinguished from a causal system*. PER/PELJ 2012 (15) 3, 137 y sigs. Información obtenida en <http://dx.doi.org/10.4314/pej.v15i3.6> (consultado con fecha 8 de diciembre de 2015).

¹⁷ El § 380 del ABGB (1811) señala que «*sin título y sin modo de adquisición conforme a derecho no se puede adquirir la propiedad*», mientras que el § 381 exige el título para todos los modos de adquisición, sean originarios o derivativos. Por su lado, el § 423 establece que «*las cosas que ya tienen un dueño son adquiridas inmediatamente en el instante en que son entregadas por el dueño a otro de una manera ajustada a derecho*», y el § 425 añade que «*el solo título no da la propiedad. La propiedad y todos los derechos reales, fuera de los casos determinados por la ley, solo son adquiridos por una entrega y una recepción ajustadas a derechos*». Información obtenida en <http://www.rechteinfaech.at/gesetze/ABGB/202.html> (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

Sobre el particular, ver VÖLKL, A. (1991). *Das Lösungsrecht von Lübeck und München* (Forschungen zur Neueren Privatrechtsgeschichte 28). Wien/Köln/Weimar; SOLIDORO MARUOTTI, L. (2003). *Op. cit.*, 129 y sigs.; también PETRONIO, U., *Op. cit.*, 187-193.

¹⁸ Las peculiaridades que presenta el ABGB llevan a la doctrina y a la jurisprudencia a matizar la aplicación de la teoría el título y el modo a partir del artículo 380. Al respecto, VON BAR, C.; DROBNIG, U. (2004). *The interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe. A Comparative Study*. Sellier. Munich, 326-327.

¹⁹ Artículo 714.1, artículo 656.1, artículo 971.1. Información obtenida en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=270608 (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

²⁰ En torno al sistema registral suizo, MATEO y VILLA, I. (2014). *Derecho inmobiliario registral suizo*. Dykinson, Madrid; también del mismo autor (2014). *El sistema inmobiliario suizo*. Comares, Granada.

²¹ Artículo 63, 1 del *Code des obligations suisse*, en BERNAD MAINAR, R. (2012). *Op. cit.*, IV, 287.

²² Code civil belge (21 mars 1804, mise à jour le 6 avril 2012): Livre III (Manières dont on acquiert la propriété), Titre III (Des contrats ou des obligations conventionnelles en général), Chapitre III (De l'effet des obligations), Section II (De l'obligation de donner). artículo 1138. Información obtenida en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=262955 (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

²³ Code Civil du Royaume de Sardaigne, año 1837 (edición del año 1844). Livre III (Des differents manières dont on acquiert la propriété), Dispositions générales, artículo 680; Livre III, Título VI (Des contrats), Chapitre III (Effet de l'obligation), artículo 1229. Información obtenida en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k4262678/f529.item.r=.langFR.zoom> (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

²⁴ Codice Civile del regno d'Italia (1865). Libro III (Dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e di altri diritti sulle cose), Disposizioni generali, artículo 710, 2º; Libro III, Titolo IV (Delle obbligazioni e dei contratti in genere), Capo I (Delle cause delle obbligazioni), Sezione I (Dei contratti), articolo 1125. Información obtenida en http://www.notaio-busani.it/download/docs/CC1865_200.pdf (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

²⁵ Libro III, Título II, Capo III, artículo 922. (Modi di acquisto); Libro IV, Título II, Capo IV, Sezione I, artículo 1376. (Contratto con effetti reali). Información obtenida en <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:regio.decreto:1942-03-16;262> (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

²⁶ MESSINEO, F. (1955). *Manual de Derecho civil y comercial* (trad. Manuale di diritto civile e commerciale). EJEA. Buenos Aires, 494 y sigs

²⁷ Código civil portugués (1867). Libro II, Título I, Capítulo IX, artículo 715. Información obtenida en <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf> (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

²⁸ Código civil portugués (1966). Livro III, Título II, Capítulo II, artigo 1316 (Modos de aquisição); Livro II, Capítulo II, Capítulo II, Sección I, Subsección I, artigo 408 (Contratos com eficácia real). Información obtenida en http://www.culturanoorte.pt/fotos/editor2/codigo_civil_artigos_1324%C2%BA_e_1461%C2%BA-decreto-lei_n%C2%BA_47344_66_de_25_de_novembro.pdf (consultado con fecha 6 de noviembre de 2015).

Ver sobre la novedad que representa el artículo 1316 en el nuevo Código civil de 1966, PIRES DE LIMA, F.A.; ANTUNES VARELA, J. (1972). *Código civil anotado* III, Coimbra editora, 102 y sigs

²⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.P. (2006). La compraventa y la transmisión de la propiedad. Un estudio histórico-comparativo ante la unificación del derecho privado europeo. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n° 14, 227.

³⁰ Código civil de República Dominicana (1845, traducción al español 1884). artículo 1138, <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/do/do055es.pdf> (consulta 19 de noviembre de 2015).

³¹ Code civil d'Haïti (1825). Loi n° 18. Sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général. Chapitre III. De l'effet des obligations. Section II. De l'obligation de donner. Artículo 929. Información obtenida en <http://archive.org/stream/codecivildhati00hait#page/186/mode/2up> (consultado con fecha 26 de noviembre de 2015).

Como sabemos, el Código civil haitiano imitó el *Code civil* napoleónico, no por una urgencia externa, como sucedió con el caso de Luisiana, sino por la decisión de un gobernante de turno, Boyer, quien se presentó como representante del despotismo ilustrado, tal cual lo demuestra el hecho de alentar una temprana codificación, sin ser tan necesaria para el momento. Al respecto, GUZMÁN BRITO, A. (2004). *L'avenir de la codification en France y en Amérique latine*. Información obtenida en http://www.senat.fr/colloques/colloque_codification/colloque_codification8.html (consulta en fecha 26 de noviembre de 2015).

³² Sobre la codificación civil en el estado de Luisiana (Digesto de 1808, Código civil de 1825, Código civil de 1870), PARISE, A. (2009). *El código civil de la Luisiana y la codificación civil hispánica: Diseminación mediante la inclusión en el proyecto de Florencio García Goyena*. Iushistoria n° 6. Buenos Aires, 33-99; también del mismo autor PARISE, A. (2013). *Historia de la Codificación Civil del Estado de Luisiana y su Influencia en el Código civil Argentino*. Buenos Aires, Eudeba.

³³ Code civil du Bas-Canada (1866). Livre troisième. De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriété. Dispositions générales. Article 583. Información obtenida en <https://books.google.co.ve/books?id=hRQ2AAAAIAAJ&printsec=frontcover&dq=code+civil+du+bas+canada+1865&hl=en&sa=X&ved=0ahUKewiHnf6yyq7JAhXLJx4KHeFdBZMQ6AEILzAE#v=onepage&q=code%20civil%20du%20bas%20canada%201865&f=false> (consultado con fecha 26 de noviembre de 2015).

Code civil du Québec (1994). Livre cinquième. Des obligations. Titre premier. Des obligations en général. Chapitre deuxième. Du contrat. Section V. Des effets du contrat. Articles 1453, 1455. Información obtenida http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamic-Search/telecharge.php?type=2&file=/CCQ_1991/CCQ1991.html (consultado con fecha 26 de noviembre de 2015).

³⁴ Código civil boliviano (1830), artículo 434. Información obtenida en <http://silep.vicepresidencia.gob.bo/SILEP/masterley/125275> (consultado con fecha 24 de noviembre de 2015).

³⁵ Así es, su artículo 653 establecía: «*Se adquiere y se transmite la propiedad de los bienes adquiridos originariamente, por sucesión, por donación, por prescripción y por medio de los contratos*». Sobre la codificación boliviana, GUZMÁN BRITO, A. (2006). *Op. cit.*, párrafos 19, 22 y 57.

³⁶ Artículo 110 del mencionado cuerpo legal, hoy vigente en Bolivia. Información obtenida en <http://silep.vicepresidencia.gob.bo/SILEP/masterley/125275> (consultado con fecha 24 de noviembre de 2015).

³⁷ Código civil de Costa Rica (1841). Libro III. De las diferentes maneras de adquirir la propiedad. Disposiciones generales. Artículo 449, Artículo 73. La información fue obtenida en [http://memoriacentroamericana.ihnca.edu.ni/index.php?id=251&tx_ttnews\[tt_news\]=1739&type=110&no_cache=1#94](http://memoriacentroamericana.ihnca.edu.ni/index.php?id=251&tx_ttnews[tt_news]=1739&type=110&no_cache=1#94) (consultado con fecha 25 de noviembre de 2015). Sobre la codificación costarricense en general, GUZMÁN BRITO, A. (2006). *Op. cit.*, párrafo 21.

³⁸ Código civil de Venezuela (1862). Libro II. De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Título II. Del dominio. Ley I. Del dominio en general. Artículo 6°. «*Los modos de adquirir el dominio son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción*».

Ley IV. De la tradición. Sección I. Disposiciones generales. Artículo 1°. «*La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales*».

Artículo 5°. «*Para que valga la tradición se requiere un título traslativo de dominio, como el de venta, permuta, donación, etc. (...)*».

Sección III. Artículo 15. «*La tradición del dominio de los bienes raíces (...) se efectúa por la verificación del registro hecho en conformidad a la ley*». Información obtenida en Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela. (1943). Tomo III. Caracas, 654, 660, 661.

³⁹ Código civil venezolano de 1873. Libro III. De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos. Disposiciones generales. Artículo 668: «*La propiedad y demás derechos se adquieren y transmiten por sucesión, por donación y por efecto de los contratos. Pueden también adquirirse por medio de la prescripción*», en Leyes y Decretos Reglamentarios de los Estados Unidos de Venezuela. (1943). Tomo III. Caracas, 352.

⁴⁰ Código civil de Venezuela 1982 (vigente). Libro III. De las maneras de adquirir y transmitir la propiedad y demás derechos. Disposición General. Artículo 796, Artículo 1.161, Artículo 1.920. Información obtenida en <http://photos.state.gov/libraries/venezuela/325692/fleitasmd/Codigo%20Civil%20Venezolano.pdf> (consultado con fecha 25 de noviembre de 2015).

⁴¹ Código civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California (1870), artículo 1552: «*En las enajenaciones de cosas ciertas y determinadas, la traslación de la propiedad se verifica entre los contratantes por mero efecto del contrato, sin dependencia de tradición, ya sea natural, ya simbólica, salvo convenio en contrario*», precepto reproducido literalmente en la versión del Código civil mexicano de 1884, en PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, B. (2008). *Op. cit.*, 183.

⁴² En efecto, el Código civil vigente de 1928 establece en el artículo 2014 un tenor muy parecido, salvo el apéndice final, a las versiones anteriores de los Códigos de 1870 y 1884. Información obtenida en http://www.iberred.org/sites/default/files/mexico_abril_2012.pdf (consultado con fecha 25 de noviembre de 2015).

⁴³ Código civil del Perú (1870). Libro II. De las cosas: Del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas. Sección Tercera. Del modo de adquirir el dominio por prescripción, enajenación y donación. Título II. De la enajenación. Artículo 571, Artículo 574. Información obtenida en http://www.notarioslalibertad.org/Jurisprudencia/Normas_Historicas/Codigo_civil_de_1852.pdf (consultado con fecha 24 de noviembre de 2015).

⁴⁴ Código civil de Guatemala (1877). Libro III. Modos de adquirir la propiedad. Título I. Clasificación. Artículo 789.

Título V Enajenación. Capítulo I. Disposiciones generales. Artículo 1033, Artículo 1034. Capítulo II. Enajenación a título gratuito y oneroso. Artículo 1035, Artículo 1036, Artículo 1037. Información obtenida en <http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/27303.pdf> (consultado con fecha 24 de noviembre de 2015).

⁴⁵ Código civil de Guatemala (1963). Artículo 1518, artículo 1320, artículo 1125. Información obtenida en http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Guatemala.pdf (consultado con fecha 25 de noviembre de 2015).

⁴⁶ GUZMÁN BRITO, A. (2000). *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica de Chile, § 38; también del mismo autor (2006). *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*. Cizur Menor. Pamplona, Navarra. Thomson-Aranzadi, § 27.

⁴⁷ En el Proyecto de Código civil de 1853 su artículo 806, que regula la materia, alude a la Partida III, Libro 46, Título 28 como fuente de inspiración.

⁴⁸ Concretamente en el Proyecto Inédito de Código civil chileno, Bello admite basarse en el Tratado de Pothier sobre la propiedad, donde sí se alude a la voluntad de transferir y adquirir. Al respecto, SOZA RIED, M.A. La naturaleza jurídica de la tradición: ¿acto o hecho jurídico? *Revista Chilena de Derecho*. Volumen 30, n° 2. Sección Estudios. Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia de Chile. Santiago de Chile. 2003, 289 y 290.

⁴⁹ Sobre esta obra en particular, BERNAD MAINAR, R. (2015). *Ministerio, vocación y sacerdocio de Andrés Bello por el Derecho romano*. RIDROM (on line). 15-2015. ISSN-1989-1970, en <http://www.uclm.es>, 126 y sigs.

Precisamente, en la tercera edición de esta obra *Instituciones de Derecho romano* (1878), en la 58, Andrés Bello señala: «*Pasamos ahora a la tradición, que es un modo de adquirir, por el cual el dominio de una cosa pasa de una persona a otra, siendo entregada por la primera y aprehendida por la segunda*». Sobre las ediciones realizadas de las *Instituciones de Derecho romano*, BERNAD MAINAR, R. (2015). *Op. cit.*, 141.

⁵⁰ Aun así, la doctrina del acuerdo real y abstracto elaborada por Savigny fue posterior a la codificación chilena, lo cual hace difícil en este punto atisbar la influencia del alemán en la obra de Bello, si bien ello no es óbice para afirmar que la influencia recibida procediera de otros autores anteriores seguidores de tal corriente de pensamiento, ya iniciada en la civilización bizantina y secundada durante la Edad Media. Respecto a la relación de libros que conformaban la biblioteca particular de Andrés Bello en la época de la redacción de su obra *Instituciones de Derecho romano*, HANISCH ESPINDOLA, H. (1983). *Andrés Bello y su obra en el Derecho romano*. Ediciones del Consejo de Rectores de las Universidades Chilenas. Santiago de Chile, 217 y sigs

⁵¹ BARRIENTOS GRANDÓN, J. (2003). De la tradición y su definición en el Código civil chileno. A propósito del artículo 670. *Revista Chilena de Derecho Privado Fernando Fuego Laneri*, n° 1, 11-108.

⁵² Precisamente la Corte Suprema de Justicia en Casación, con fecha 13 de junio de 1999 señala que «*la compraventa no es más que el título que habilita para adquirir la propiedad y que para que opere esta última adquisición debe mediar un modo de adquisición que es la tradición, la cual tratándose de inmuebles debe perfeccionarse con la inscripción del título en el Registro del Conservador*». Ver al respecto, RODRÍGUEZ-PINTO, M.S. (2000). Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, 13 de junio de 1999, Alfaro con López. Juicio ordinario declarativo. La cláusula ¿se faculta al portador? y la transferencia de propiedad por tradición. *Revista chilena de Derecho*. Volumen 27, n° 1, 167-175.

⁵³ Código civil de Ecuador (2005). Título VI (De la tradición), Libro II (De los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones). artículo 686, artículo 691, artículo 702. Información obtenida en <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf> (consultado con fecha 23 de noviembre de 2015).

⁵⁴ Código civil colombiano (1873). Libro II. De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Título II. Del Dominio. Artículo 673. Título VI. De la tradición, Capítulo I, Disposiciones Generales. Artículo 740, artículo 745, artículo 756. Información obtenida en http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf (consultado con fecha 23 de noviembre de 2015).

⁵⁵ Al respecto, ver la sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala Casación Civil y Agraria de 9 de junio de 1999 (Expediente 5265), en cuya virtud: «*Como se sabe, en el derecho civil se distinguen claramente las nociones de título y modo. Así, el primero es el hecho del hombre o la sola ley que establece obligaciones o lo faculta para la adquisición de los derechos reales, conforme lo ha establecido desde antiguo la doctrina universal, al paso que el segundo es la manera como se ejecuta o realiza el título. Y en virtud de estos dos fenómenos los particulares pueden adquirir el derecho de dominio sobre las cosas.*».

Ver también la sentencia del Consejo de Estado, Sala Contencioso-administrativo, Sección tercera, de 30 de enero de 2013 (2001-00195), y de 26 de febrero de 2014 (2000- 01407). Información obtenida en <http://legal.legis.com.co/document.legis/sentencia-2001-00195-de-enero-30-de-2013?> (consultado con fecha 23 de noviembre de 2015).

⁵⁶ Código civil de El Salvador (1859, reformado en 1999). Artículo 651, Artículo 656, Artículo 667. Información obtenida en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=339740 (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁵⁷ Sobre el Código civil hondureño de 1880, GUZMAN BRITO, A. (2006). *Op. cit.*, parágrafo 33.

⁵⁸ Código civil de Honduras (1906). Artículo 697, artículo 702, artículo 713, artículo 2312. Información obtenida en http://www.academianotarialamericana.org/base/leyes/honduras/codigo-civil_honduras.pdf (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁵⁹ Información obtenida en: http://www.archive.org/stream/cdigocivildelar00uruggoog/cdigocivildelar00uruggoog_djvu.txt (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁶⁰ Información obtenida en http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil/2002/cod_civil.htm. (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁶¹ Información obtenida de http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroIII_tituloV.htm (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁶² Código civil argentino (1869). Artículo 2601, artículo 2602, artículo 2603. Información obtenida de http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroIII_tituloV.htm (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

Ver también LEVAGGI, A. (2003). Pervivencia del derecho castellano-indiano en el Código civil argentino y en otras obras del codificador, en Luis González Vales (coordinador), *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, San Juan, 21 al 25 de mayo de 2000. Estudios* (San Juan, Asamblea Legislativa de Puerto Rico, II), 977-978.

⁶³ Libro IV. Derechos reales, Título I. Disposiciones generales, Capítulo 2. Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad. Artículo 1892, Artículo 1893. Información obtenida en <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-boletin-oficial.pdf> (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁶⁴ Código civil de Puerto Rico (1930). artículo 549. Información obtenida en <http://www.lexjuris.com/LEXLEX/lexcodigoc/lexregistroydonacion.htm> (consultado con fecha 23 de noviembre de 2015).

⁶⁵ Código civil de Brasil (1916), hoy derogado. artículo 620, artículo 675, artículo 530, artículo 531, artículo 533. Información obtenida en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm (consulta 19 de noviembre de 2015).

Código civil brasileño actual (2002). Livro III. Do Direito das Coisas, Título III. Da Propriedade, Capítulo III. Da Aquisição da Propriedade Móvel, Seção IV. Da Tradição. artículo 1267, artículo 1268.

Capítulo II. Da Aquisição da Propriedade Imóvel, Seção II. Da Aquisição pelo Registro do Título. Artículo 1245, artículo 1246, artículo 1247. Información obtenida en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm#indice (consulta 19 de noviembre de 2015).

⁶⁶ Código civil de Costa Rica (reformado en 1887). Artículo 480; completado con el artículo 459, 1° en sede de bienes inmuebles. Información obtenida en http://www.wipo.int/wipolex/es/text.jsp?file_id=220799#LinkTarget_3135 (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁶⁷ Código civil de Nicaragua (1904). Artículo 2530, artículo 2575. Información obtenida en http://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/registros/pdf/codigo_civil_nicaragua.pdf (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁶⁸ GUZMÁN BRITO, A. (2006). *Op. cit.*, parágrafo 42.

⁶⁹ Código civil del Perú (1984). Libro V. Derechos reales. Sección Tercera, Título II. Propiedad. Capítulo II. Adquisición de la propiedad. Subcapítulo IV. Trasmisión de la propiedad. Artículo 947. Transferencia de propiedad de bien mueble. Artículo 948. Adquisición a non dominus de bienes muebles, Artículo 949. Transferencia de propiedad de bien inmueble. Información obtenida en http://www.iberred.org/sites/default/files/codigo_civil_peru.pdf (consultado con fecha 24 de noviembre de 2015).

⁷⁰ SILVA ALONSO, R. (2000). *Vélez Sarsfield en el nuevo Código civil paraguayo*. Separata de Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield. Tomo V. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. República Argentina, 27 y sigs

⁷¹ Código civil paraguayo (1987). Artículo 1968, artículo 1969, artículo 1970, artículo 1971, artículo 1972, artículo 1973, artículo 2061, artículo 2062. Información obtenida en http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Paraguay.pdf (consultado con fecha 20 de noviembre de 2015).

⁷² GUZMÁN BRITO, A. (2015). *Op. cit.*, nota n° 60.

⁷³ Sobre la comparación entre la *action en conversion* y la acción reivindicatoria, FERRE-RI, S. (1988). *Le azioni reipersecutorie in diritto comparato*. Giuffrè, Milano.

⁷⁴ En torno a la figura de la *consideration* y su conexión con la causa contractual de la familia romanista del Derecho, ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Introducción al Derecho comparado*, Oxford. University Press. México, 411 y sigs

⁷⁵ *Sale of Goods Acts*, 1893, Secciones 17 y 18, varias veces revisada hasta 1979 para Inglaterra; *Uniform Sales Act* para los Estados Unidos. WESENBERG, G.; WESENER, G. (1998). *Op. cit.*, 349-351.

⁷⁶ Caso *Stock vs. Wilson*, 1913; KB, 2, 235, Law Reports King's Bench (1901-1952), reseñado en ZWEIGERT, H.; KÖTZ, H. (2002). *Op. cit.*, 628.

⁷⁷ Con relación a la estructura y sistemática del Código civil francés, ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Op. cit.*, 101, 102.

⁷⁸ Respecto a la donación como modo de adquisición derivativo distinto de aquellos contratos que mediante la tradición producen la transmisión de los bienes, así como su consideración como acto dispositivo que, por sí mismo, produce la trasmisión del bien, ver sentencias del TS de 22 de diciembre de 1986 (*RJ* 7795) y 14 de octubre de 2002 (*RJ* 10171); y de igual modo, la donación, según señala la sentencia del TS de 28 de marzo de 2003 (*RJ* 3193), «es título suficiente para conseguir librar los bienes embargados de la traba a que se han sometido».

⁷⁹ En torno a la naturaleza jurídica de la donación y los efectos obligacionales de la misma, LEVY, J.P.-CASTALDO, A. (2002). *Histoire du droit civil*. Dalloz. Paris, 1348 y sigs.

⁸⁰ JEREZ DELGADO, C. (2004). Tradición y registro. Madrid. *Cuadernos de Derecho Registral*, 76.

⁸¹ Con relación a la espiritualización de la entrega, ver jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 30 junio de 1962; 31 de marzo de 1964; 18 de diciembre de 1974; 14 de octubre de 1985; 20 de octubre de 1989 (*RJ* 1989, 6945); 20 de octubre de 1990 (ED 1990/9544); 7 de septiembre de 1996 (*RJ* 1996, 6723); 18 de julio de 1997 (*RJ* 1997, 5516); 18 de mayo de 1998 (ED-4862).

⁸² SÁNCHEZ CEBRIÁN, J. (2008). La teoría general de la transmisión de bienes y el Registro de la Propiedad en España. *Revista de Derecho* n° 30. Barranquilla, Julio-

diciembre. Información obtenida en http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-86972008000200002&script=sci_arttext (consultado con fecha 9 de diciembre de 2015).

⁸³ CASTÁN TOBEÑAS, J. (1984). *Op. cit.*, 273-275.

⁸⁴ Sentencias ya tradicionales del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1962; 18 de febrero y 29 de marzo de 1965.

⁸⁵ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. (2007). La transmisión de la propiedad en el Derecho español. Principios y problemas fundamentales. *Estudios de Derecho romano en homenaje al profesor Dr. Francisco Samper*. Librotecnia. Santiago de Chile, 338.

⁸⁶ En torno a la relación existente entre el artículo 1160 del Código civil como *lex generalis* y la especialidad del contrato de compraventa donde no se impone la obligación de transmitir la propiedad —*lex specialis*—, PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *ADC*, 1993-4, 1719-1745.

⁸⁷ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. (2007). *Op. cit.*, 339.

⁸⁸ Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4800); 20 de octubre de 1990 (*RJ* 1990, 8029); 22 de julio de 1993 (ED 1993, 7354); 13 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4233); 31 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3866); 9 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 7065).

⁸⁹ La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2002 (*RJ* 5231) establece que, a través de la entrega de las llaves, tiene lugar la tradición de la vivienda y, por ende, la transmisión del dominio al comprador, aunque después se formalice la venta en escritura pública.

⁹⁰ Para el caso de *constitutum possessorium*, sentencias del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1957; 17 de diciembre de 1984; 10 de julio de 1997 (ED-6180); 3 de diciembre de 1999 (ED-37893). En cuanto a la modalidad *brevi manu*, ver Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 1994 (ED 1994/4051).

⁹¹ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1982). *La adquisición a non domino de bienes muebles: Nuevo estudio sobre el artículo 464, I del Código civil*. Serie Monografías. Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid.

⁹² GORDILLO CAÑAS, A. (2006). El principio de fe pública registral (I). *ADC*. n° 59, 2, 509-656; del mismo autor (2008). El principio de fe pública registral (II). *ADC*. n° 61, 3, 1057-1216.

⁹³ CUENA BOY, F. (1996). *Función del poder de disposición en los sistemas de transmisión onerosa de los derechos reales*. Bosch. Barcelona, 225 y sigs

⁹⁴ DE LOS MOZOS TOUYA, J.J. (2007). *Op. cit.*, 343.

⁹⁵ DE COSSIO, A. (1975). *Op. cit.*, 563.

⁹⁶ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. (2002). La doble venta en el sistema de transmisión de la propiedad del Código civil. *RCDI* n° 671, 831-874; GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2007). La doble venta y la venta de cosa ajena de bienes inmuebles. *Revista Jurídica del Notariado* n° 64, 59-112; CUENA CASAS, M. (2010). Doble venta: los efectos de la definitiva toma de partido del Tribunal Supremo. *RCDI* n° 722, 2909-2947; RIVAS MARTINEZ, J.J. (2011). La doble venta a la luz de las nuevas tendencias del Tribunal Supremo. *Boletín del Colegio de Registradores de España* n° 176, 481-504.

⁹⁷ The Civil Code of the Philippines (1949/1980). Article 712. «*Ownership is acquired by occupation and by intellectual creation. Ownership and other real rights over property are acquired and transmitted by law, by donation, by testate and intestate succession, and in consequence of certain contracts, by tradition. They may also be acquired by means of prescription*». Información obtenida en <http://www.wipo.int/wipolex/es/details.jsp?id=3452> (consultado con fecha 14 de noviembre de 2015).

⁹⁸ PÉREZ GONZÁLEZ, B./ALGUER, J. (1951). *Anotaciones al Tratado de Derecho civil de Ennecerus/Kipp/Wolff (III/I)*. Bosch. Barcelona, 301 y sigs.; también en un sentido germanicista, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1925). El principio de inscripción en el Derecho hipotecario. *RCDI*, noviembre (1925), 760 y sigs

⁹⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L. (1979). *Elementos de Derecho civil*. III, 1. Bosch. Barcelona, 141 y sigs.; ALBALADEJO, M. (1977). *Derecho civil*, III, 1. Bosch. Barcelona, 112 y sigs.; DE LOS MOZOS, J.L. (1967). *La doctrina de F.C. von Savigny en torno a la transmisión*

del dominio. RGLJ. 1967, II, 74; DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN BALLESTEROS, A. (2005). *Sistema de Derecho civil* III/1. Tecnos. Madrid., 59 y sigs

¹⁰⁰ Ya las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1920 y 26 de febrero de 1942 afirmaban la teoría del título y el modo, cuando señalan que de los contratos solo emanan acciones personales, erigiéndose como requisito indispensable para adquirir la propiedad que medie la tradición, la entrega de la cosa tras el contrato, de manera que este pasa a ser un título o negocio jurídico preparatorio. Criterio ratificado en sentencias del Tribunal Supremo, ya referidas en otro lugar, de 30 de junio de 1962, 18 de febrero y 29 de marzo de 1965.

¹⁰¹ Sentencias de 20 de octubre de 1990 (1990, 8029); 30 de mayo de 1997 (RJ 1997, 4328). Concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725) define la tradición como la entrega y recepción de un objeto con el ánimo de transmitir y adquirir, respectivamente, su propiedad por lo que al contrato de compraventa se refiere.

¹⁰² Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1637); 31 de mayo de 1996 (RJ 1996, 3866); 27 de junio de 1996 (RJ 1996, 4797); 18 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6725); 30 de junio de 1997 (RJ 1997, 4328); 9 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7065); 25 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8428).

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2014 (352/2014, en ECLI:ES:TS:2014:2481), precedida por otras Sentencias anteriores de 10 de mayo de 2004; 5 de octubre de 2005; 14 de junio de 2007; 13 de noviembre de 2009 (731/2009, en ECLI:ES:TS:2009:7111); 2 de diciembre de 2010. (805/2010, en ECLI:ES:TS:2010:6944).

¹⁰⁴ En este sentido, ver la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007 (928/2007, en ECLI:ES:TS:2007:5823).

¹⁰⁵ Al respecto, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de diciembre de 2010 (805/2010, en ECLI:ES:TS:2010:6944), precedida, entre otras, por las de 22 de diciembre 2000, 14 de febrero y 13 de marzo 2002.

¹⁰⁶ Sobre el particular, sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, de 21 de marzo y 14 de julio de 1998 (252/1998, en ECLI:ES:TS:1998:1889; 711/1998, en ECLI:ES:TS:1998:4728); 9 de octubre de 2001 (925/2001, en ECLI:ES:TS:2001:7744); 14 de febrero y 10 de julio de 2002 (106/2002; 698/2002, en ECLI:ES:TS:2002:1001; ECLI:ES:TS:2002:5151)

¹⁰⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de junio de 1998 por argumento en contrario (577/1998, en ECLI:ES:TS:1998:3995) y 30 de marzo de 1999 (291/1999, en ECLI:ES:TS:1999:2241).

¹⁰⁸ Aun cuando el Convenio de Viena constituye un gran mérito por permitir consensuar un texto uniforme, sin embargo presenta limitaciones, tanto de orden geográfico, como material, toda vez que solo aplica a los Estados parte del mismo, lo cual lo aleja de contar con una validez universal, a pesar de las ratificaciones sucesivas habidas (84 países hasta el momento actual); y, por otro lado, no regula todas las cuestiones referidas a la compraventa internacional de mercancías, dado que se quería evitar el pronunciamiento sobre puntos controvertidos que pudieran obstaculizar la consecución de un consenso, tales como, por ejemplo y entre otros, la validez del contrato y, más concretamente por lo que al tema abordado se refiere, los efectos del contrato respecto de la propiedad de las mercaderías vendidas. Al respecto, OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2002). *Contrato internacional de mercaderías. Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980*. Tirant lo Blanc, Valencia.

En torno a la situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Viena, 1980), http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html (consultado con fecha 2 de febrero de 2016).

¹⁰⁹ PAU, A. (2004). La convergencia de los sistemas registrales en Europa. Madrid. *Cuadernos de Derecho Registral*, 9-17.

¹¹⁰ En esa misma idea, podemos traer a colación los denominados Libros Verdes y Blancos. Los primeros son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto (por ejemplo, protección de consumidores; comercio electrónico, 2001), donde se invita a las partes interesadas (organis-

mos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan. Estos Libros Verdes pueden dar origen a novedades legislativas que se reflejarán en Libros Blancos. Al respecto, http://ec.europa.eu/green-papers/index_es.htm; http://ec.europa.eu/white-papers/index_es.htm (consultado con fecha 15 de febrero de 2016).

¹¹¹ Ver al respecto de la polémica, LEGRAND, P. (1997). *Against a European Civil Code. Modern Law Review*, 1997/60, 44; NOTTAGE, L. (2003). Convergence, Divergence, Middle Way in Unifying or Harmonising Private Law, en www.iue.it/LAW/res/nottage/EUIWorkingPaper4.pdf (mayo de 2003); GALGANO, F. (2005) *La Globalización en el espejo del derecho*. Rubinzal Culzoni, Santa Fe de Argentina; MEREMINSKAYA, E.A. (2003). Impactos de la Integración Económica en la Aplicación del Derecho Privado. *Revista de Derecho Universidad Austral* Vol. XV. Chile, 59-73.

¹¹² Tal como ha sucedido con las Reglas y usos uniformes en materia de créditos documentarios y los INCOTERMS, formulados por la Cámara de Comercio Internacional. En este sentido, <http://www.iccwbo.org/arb/index.htm> (consultado con fecha 4 de febrero de 2016).

¹¹³ Para muchos juristas expertos en el tema, la elaboración de principios comunes constituye la premisa necesaria dentro del largo camino para la consecución de un futuro Código civil común. En este sentido, CÁMARA LAPUENTE, S. (1999). *¿Hacia un Código civil europeo: realidad o quimera?* La Ley. 1999, 2, 1668-1676.

¹¹⁴ Con relación a los problemas que presentan las Directivas como instrumento apropiado para la armonización jurídica, PARRA LUCÁN, M.A. (2002). Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa ¿Es posible un Código civil europeo? *Actualidad Civil* (2002, n° 3), 1163 y sigs.

¹¹⁵ VATTIER FUENZALIDA, C. y otros (2003). Código europeo de contratos. Academia de insucriptistas europeos (Pavía). *Comentarios en homenaje al profesor D. José Luis de los Mozos*, I, Madrid, Dykinson-Universidad de Burgos, 15 y sigs

¹¹⁶ Este modelo legal invocado se traduce en el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (CEC) de 2001, conocido como Proyecto Gandolfi, inspirado en el *Contract Code* de 1969 y en el *Codice civile* de 1942, cuya aplicación resultaría obligatoria en función de los estipulado por los Estados firmantes. Al respecto, GANDOLFI, G. (2001) *Code Européen de contracts. Avant-projet*. Livre premier. Milano, Giuffrè; DE LOS MOZOS, J.L. (2002). *El Anteproyecto de Código europeo de contratos de la Academia de Pavía*. La Ley n° 5629, 9 de octubre de 2002; ESPINOSA QUINTERO, L. (2004). Hacia un sistema contractual uniforme. Modelos comparados. *Civilizar. Revista electrónica de difusión científica*. Universidad Sergio Arboleda. Bogotá. Enero 2004, en <http://hdl.handle.net/11232/314> (consultado con fecha 12 de enero de 2016).

¹¹⁷ Sobre los inconvenientes que plantea este modelo, tomando como ejemplo la complejidad y disfunción que plantea al ser implantado en los Estados miembros, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2003). La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva, en *Derecho Privado Europeo* (Cámara Lapuente, Coord.). Madrid. Colex, págs 107 y sigs.; ZIMMERMANN, R. (2000). *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. VAQUER ALOY, A.). Madrid. Civitas, 28 y 29. Un ejemplo de lo afirmado lo constatamos a propósito de la múltiple y contradictoria regulación de la compraventa en el Derecho español, en MORALES MORENO, A.M. (2003). Adaptación del Derecho civil al Derecho Europeo: La compraventa. *ADC* n° 56, fasc. 4 (octubre-diciembre), 1610 y sigs

¹¹⁸ Hay que destacar en este sentido la labor de UNCITRAL, bien a través de guías jurídicas, esto es, estudios con vocación didáctica que presentan una materia con sus problemas, así como proporcionan posibles soluciones (Guía Jurídica de UNCITRAL sobre operaciones de comercio compensatorio internacional, de 1992); o de leyes modelo, dirigidas a los distintos legisladores nacionales como posibles modelos ante la eventualidad de una legislación interna sobre la materia de la que se trate (Ley Modelo de UNCITRAL sobre comercio electrónico con la guía correspondiente para su incorporación al Derecho interno, de 1996). En este sentido, CAMPUZANO DÍAZ, B. (2002). ¿Hacia un Derecho contractual europeo? *Anuario de Derecho europeo* II, 49.

¹¹⁹ En torno al anacronismo de esta solución, que parte de la falacia de afirmar la existencia de un Derecho uniforme en la vieja Europa, dado que el *ius commune* fue más bien supletorio en el continente de los Derechos nacionales, en tanto que en Inglaterra surge de la práctica del foro aderezada con la jurisdicción de la *equity*, ZIMMERMANN, R. (2000). *Op. cit.*, 60; FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F. (1998). *Aportación del Derecho romano al proceso de elaboración del Derecho de la Unión Europea*. SDHI n° 64, 532 y sigs.

¹²⁰ Con relación al *ius commune* y los nuevos derechos particulares de los diversos reinos existentes en Europa, así como el *usus modernus pandectarum*, SOLIDORO MARUOTTI, L. (2003). *Op. cit.*, 1-14. Respecto a la jurisdicción de la *equity* y su influencia en la evolución y formación del *common law*, FERNÁNDEZ BARREIRO, A (1992). *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, pág.56; CANNATA, C.A. (1996). *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*. Tecnos. Madrid, 228.

¹²¹ CANNATA, C.A. (1997). L'unificazione del diritto europeo, la scienza giuridica e il metodo storicocomparatistico, en *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storicocomparatistica. Materiale per un corso di diritto romano*. A cura di Letizia Vacca, Torino. Giappichelli, 5; ZIMMERMANN, R. (2000). *Op. cit.*, 19.

¹²² VATTIER FUENZALIDA, C. y otros (2003). *Op. cit.*, 17.

¹²³ BONELL, M.J. (1994). *An International Restatement of contract law: The Unidroit principles of international commercial contracts*, New York; MORAN BOVIO, D. (Coord., 1998). *Comentario a los Principios de UNIDROIT para los contratos del comercio internacional*. Aranzadi, Pamplona; así como también <http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf> (consultado con fecha 13 de enero de 2016).

¹²⁴ En 1982 comienza el trabajo de la Comisión Lando, llamada así por el nombre de su presidente. En 1995 se publicó una primera parte de los Principios de Derecho europeo; en el año 2000 se volvieron a publicar junto a una segunda parte (*Principles of European Contract Law*. Kluwer Law International, La Haya, 2000, 1-93), y en el año 2003 se presentó una tercera parte.

¹²⁵ El Grupo de Estudio sobre un Código civil europeo arrancó sus labores en 1999 y empezó a publicar en 2006 los Principios de Derecho europeo, distribuidos en tres grupos de trabajo (contratos, obligaciones no contractuales y garantías personales). Al respecto, GARCÍA PÉREZ, R.M. (2011). Construcción del incumplimiento en la propuesta de modernización: la influencia del Derecho privado europeo, en *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España* (Dir. ALBIEZ DOHRMANN, K.J.), Atelier. Barcelona, 339. Ver también <http://www.sgecc.net> (consultado con fecha 4 de febrero de 2016).

¹²⁶ El Grupo *Acquis* se crea en 2002 con el objetivo de sistematizar y consolidar el Derecho privado europeo comunitario. Podemos consultar los citados Principios traducidos en ARROYO I AMAYUELAS, E. (2008). *Los Principios del Derecho contractual comunitario*. A.D.C. LXI, I, 211 y sigs.

¹²⁷ Esta Academia se funda en 1992 por iniciativa del profesor Gandolfi a la que se fueron incorporando miembros de los Estados de la UE, la mayoría profesores universitarios. Al respecto, PARRA LUCÁN, M.A. (2002). Apuntes sobre la unificación del Derecho privado en Europa. *Actualidad Civil* 2002, n° 3, 1163 y sigs.

¹²⁸ Auspiciado por el *Study Group on the European Civil Code*, compuesto por la antigua Comisión Lando, coordinado por C. Von Bar. Al respecto, SCHULZE, R. y ZIMMERMANN, R. (2002). *Textos básicos del Derecho privado europeo. Recopilación, presentación, coordinación*. Madrid, Marcial Pons (Ver el estudio preliminar y anotaciones de ARROYO I AMAYUELAS, E, 11 y sigs.).

¹²⁹ Precisamente, por no abordar en conjunto la unificación del Derecho patrimonial, no se alude a la cuestión relativa a la transmisión de la propiedad en los Principios Unidroit, sobre los contratos comerciales internacionales, o en la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, de 1980, según resulta de los textos que se pueden consultar, respectivamente, en <http://www.unidroit.org/spanish/prin->

ciples/contracts/principles2010/blackletter2010-spanish.pdf; y en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf> (consultado con fecha 20 de enero de 2016).

¹³⁰ Con razón, que sea necesario, pues, «centrar el interés en los muchos siglos que separan el derecho romano de nuestro tiempo presente», tal como señala ZIMMERMANN, R. (2000). *Op. cit.*, 55.

¹³¹ A propósito del Código de Derecho civil europeo (abreviado, SEGC), CÁMARA LA-PUENTE, S. (2003) El hipotético «Código civil europeo»: ¿Por qué, cómo y cuándo? en Cabanillas Sánchez, A. y otros (Coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Civitas, Madrid, 2003, I, 347-379, en especial, 362-371.

¹³² Su origen lo situamos en 2003, obra del Grupo de Estudio sobre un Código de Derecho civil europeo, creado en 2005 y que, en 2007, publica provisionalmente una versión de Principios, modificada sustancialmente en 2009. En abril de 2010, la Comisión Europea nombra un grupo de expertos en Derecho civil contractual para elaborar, a partir del DCFR, una propuesta de MCR que se pudiera implantar con carácter opcional. A mayor abundamiento, el grupo de expertos debía ayudar a la Comisión Europea a seleccionar aquellas porciones del DCFR que estuvieran relacionadas, directa o indirectamente, con el Derecho contractual, así como a reestructurar, revisar y completar los contenidos seleccionados. El trabajo del grupo de expertos concluye en mayo de 2011 con la presentación a la Comisión de un texto de 189 artículos (*Feasibility study for a future instrument in European Contract Law*), que recoge las normas de Derecho de contratos de mayor relevancia práctica en las relaciones contractuales transfronterizas. Precisamente, el 3 de mayo de 2011, la Comisión Europea publica el referido estudio de viabilidad para un futuro instrumento de Derecho contractual europeo, que estuvo abierto a observaciones y comentarios de las partes interesadas hasta el 1 de julio de 2011, que tendrá su continuidad a través de una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea. Al respecto, JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J. (2010). El camino hacia un derecho civil europeo armonizado... *Actualidad Civil*, junio 2010, 1223 y sigs. Ver también, http://www.sgecc.net/pages/en/home/189.draft_common_frame_of_reference_outline_edition_in_print.htm (consultado con fecha 4 de febrero de 2016).

¹³³ Sobre el papel del Derecho comparado en la armonización del nuevo Derecho, ZWIEGERT, K.; KÖTZ, H. (2002). *Op. cit.*, 26 y sigs

¹³⁴ En este sentido, MÖLLERS, T. The Role of Law in European Integration. *The American Journal of Comparative Law*, 2000/4, 688 y sigs., quien aduce entre dichos valores los derechos fundamentales, la economía social del mercado y las políticas ambientales, el pasado y los intereses comunes de los países europeos

¹³⁵ Véase los resultados de la investigación del grupo The Common Core of European Private Law Project, ZIMMERMANN, R./WHITTAKER, S., *Good faith in European Contract Law*, Cambridge, University Press, 2000, 653. Entre las conclusiones extraídas por los juristas de catorce países europeos, cuando tuvieron que resolver con arreglo a sus derechos nacionales treinta casos típicos, destacamos que en once de los casos planteados, el resultado coincidió; en nueve, también, excepto en uno o dos países; en diez de los casos, se mostraron divergencias considerables, aun cuando ninguna de ellas sustentadas en la división *civil law/ common law*.

¹³⁶ ESPINOSA QUINTERO, L. (2004). Hacia un sistema contractual uniforme: modelos comparados. *Civilizar, Revista electrónica de difusión científica*, Universidad Sergio Arboleda, Bogotá (Colombia), Enero 2004. Información obtenida en <http://www.usergioarboleda.edu.co/civilizar> (consultada con fecha 12 de enero de 2016).

¹³⁷ AUBERT DE VINCELLES, A. (2008). La recherche d'une cohérence en droit européen, en *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe – quelles perspectives pour quel équilibre?* (dir. Wicker, G.). Litec, 10.

¹³⁸ BASEDOW, J. (2004). Der Versicherungsbinnenmarkt und ein optionales europäisches Vertragsgesetz, en AA.VV. *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts. Festschrift für Egon Lorenz*. VVW. Karlsruhe, 101, 102.

¹³⁹ DIEZ-PICAZO, L. (2002). *Un codice civile europeo*, en Alpa, G.; Buccino, E.N. (dir.), *La riforma dei Codici in Europa e il progetto di Codice civile europeo*, Giuffrè. Milano, 64.

¹⁴⁰ ALPA, G. (2000). European Community resolutions and the codification of private law. *European Review Law Private (ERLP)*, 324-325; STEIN, P.G. (1992). Roman law, common law, and civil law. *Tulane Law Review*, 1595.

¹⁴¹ ZIMMERMANN, R. (2000). El carácter europeo del Derecho inglés, en *Op. cit.*, 161 y sigs

¹⁴² DE LA MATA, A. (2003). Un paso más hacia la unificación del derecho privado europeo. *Aranzadi Civil n° 1*, 2077-2105; GOODE, R. (1986). The codification of Commercial Law. *Monash Law Review* 14, 135.

¹⁴³ ZIMMERMANN, R. (2000). El legado de Savigny. Historia del Derecho, Derecho comparado y nacimiento de una ciencia jurídica europea, en *Estudios de Derecho privado europeo* (tr. de Vaquer Aloy, A.). Madrid. Civitas, 42.

¹⁴⁴ PICKLES, T. (2012). *Mixed jurisdictions worldwide. The third legal family*. Vernon Valentine Palmer (ed.). 2ª ed. Cambridge.

¹⁴⁵ LANDO, O. Some features of the Law of Contract in the Third Millennium. *Scandinavian Studies in Law*, en <http://www.scandinavianlaw.se/pdf/40-13.pdf> (consultado con fecha 11 de mayo de 2017), 356.

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, L.; ROCA TRÍAS, E.; MORALES MORENO, A. (2002). *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*. Civitas. Madrid, 2002, 129.

¹⁴⁷ ROBLES VELASCO, L.M. (2010). El futuro Código europeo de contratos. ¿Una nueva recepción? *RIDROM n° 4*, 2010, 76.

¹⁴⁸ ALPA, G. (1987). *Contratto e common law*. Cedam. Padova, 261-270; BONELL, M.J. (1980). Il modello di common law e la nuova convenzione sulla vendita internazionale (Viena, 1980), en Tedeschi, V.; Alpa, G. (Dirs.). *Il contratto nel diritto nord-americano. Appunti e materiali*. Giuffrè. Milano, 7 y sigs

¹⁴⁹ Comunicación de 12 de febrero de 2003 (DOCE 63, de 15 de marzo, sobre un derecho contractual europeo más coherente y Plan de acción.

¹⁵⁰ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 12 de febrero de 2003 en cuya virtud se crea un Plan que sugiere elaborar un Marco Común de Referencia. Una valoración sobre el proceso de armonización del Derecho de contratos en la UE en GOMEZ POMAR, F. (2008). The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective. *InDret 2/2008*, 1-30; GOMEZ POMAR, F.; GANUZA FERNANDEZ, J.J. (2011). Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo. *InDret 2/2011*, 1-29.

¹⁵¹ BOSCH CAPDEVILLA, E. y otros. (2009). *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Bosch. Barcelona.

¹⁵² SÁNCHEZ LORENZO, S. (2009). *Derecho Contractual Europeo: La Unificación del Derecho Contractual y su problemática*. Capítulo III. Madrid, 85-116.

¹⁵³ COM (2010), 348 final, no publicado en el Diario Oficial, en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aco0016> (consultado con fecha 22 de mayo de 2017).

¹⁵⁴ VAQUER ALOY, A. (2009). El Marco Común de Referencia, en *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas* (Coord. Bosch Capdevilla, E.). Bosch. Barcelona, 262.

¹⁵⁵ WITZ, C. (2000). *Plaidoyer pour un code européen des obligations*. Dalloz. n° 5, 79 y sigs

¹⁵⁶ MARCIALI, S. (2007). *La flexibilité du droit de l'Union européenne*. Bruylant. Bruxelles, 28 y 29.

¹⁵⁷ WHITTAKER, S. (2009). The Elaboration of the Common Frame of Reference. Translating the «Tool-box». *RDC.*, 807.

¹⁵⁸ JACQUET, J.M. (2011). *Les juristes de l'Union. Aperçu sociologique*. JCP G. Etude 1297.

- ¹⁵⁹ BERGE, J.S.; ROBIN-OLIVIER, S. (2008). *Introduction au droit européen*. PUF. Paris, nº 52.
- ¹⁶⁰ LEQUETTE, Y. (2002). Quelques remarques à propos du projet du code civil européen de Mr. Von Bar. *Le Recueil Dalloz. Chroniques* nº 28, 2202-2214.
- ¹⁶¹ GLANERT, S. (2011). *De la traductibilité du droit*. Dalloz. Paris, 344.
- ¹⁶² RABAGNY, A. (2003). *L'image juridique du monde, apparence et réalité*. PUF, Paris.
- ¹⁶³ ZIMMERMANN, R. (2000). *Op. cit.*, 28 y 29.
- ¹⁶⁴ MÜLLER-GRAFF, P.C. (1998). Directives as a Means of Private Law Unification, en *Towards a European Civil Code*, 77-80.
- ¹⁶⁵ PARRA RODRÍGUEZ, C. (2001). *El nuevo Derecho internacional de los contratos*. Bosch. Barcelona, 105 y sigs.
- ¹⁶⁶ MANGAS MARTÍN, A.; LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (1999). *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. 2ª ed. Mc Graw Hill. Madrid, 213 y sigs.; MILLÁN MORO, L. (1984). Aplicabilidad directa y efecto directo en Derecho comunitario según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. *Revista de Instituciones Europeas*, 454 y sigs.; JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A. (1986). El efecto directo de las Directivas de la Comunidad Económica Europea. *Revista de Administración Pública*, 119 y sigs.
- ¹⁶⁷ SÁNCHEZ LORENZO, S. (2002). *Derecho privado europeo*. Comares, Granada, 37.
- ¹⁶⁸ PLAZA PENADÉS, J. (2003). Algunas consideraciones sobre el futuro Código civil europeo. *Derecho patrimonial europeo* (Coord. Prats Albetosa, L.; Palao Moreno, G.; Reyes López, M.J.). Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona, 309.
- ¹⁶⁹ CÁMARA LAPUENTE, S. (2003). Un Derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace, en *Derecho privado europeo* (Coord. Cámara Lapuente, S.). Colex, 55.
- ¹⁷⁰ BONELL, M.J. (1999). Comparazione giuridica e unificazione del diritto, en *Alpa, G.; Bonell, M.J.; Corapi, L.D.; Moccia, L.; Zeno-Zencovich, V. Diritto privato comparato. Istituti e problema*. Laterza. Roma, 12.
- ¹⁷¹ PLAZA PENADÉS, J. (2003). *Op. cit.*, 316-318.
- ¹⁷² LUIG, K. (1995). The history of Roman private law and the unification of European law. *ZEP* 1995/5, 405-427.
- ¹⁷³ LUIG, K. (1997). The history of Roman private law and the unification of European law. *ZEUP*, 405 y sigs.; ZIMMERMANN, R. (1992). Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit. *Juristen Zeitung*, 8 y sigs.
- ¹⁷⁴ ZIMMERMANN, R. (2004). Roman law and European legal unity, en *Towards a European Civil Code* (A. S. Hartkamp et al.). Nijmegen: Ars aequi, 21 y sigs.
- ¹⁷⁵ ZIMMERMANN, R. (2000). El legado de Savigny. Historia del derecho, derecho comparado y el nacimiento de una nueva ciencia jurídica europea. *Estudios de Derecho privado europeo* (trad. Vaquer Aloy, A.). Civitas. Madrid, 19 y sigs.
- ¹⁷⁶ Criterio sostenido principalmente por juristas italianos, GANDOLFI, G. (1991). Per un Codice europeo dei contratti. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 781 y sigs., motivo de crítica no exenta de ironía en algunas ocasiones por su marcado nacionalismo jurídico, tal como apunta MARTINY, D. (1999). *Europäisches Privatrecht-Greifbar oder unerreikbaar, en Auf dem Wege zu einem europäischen Zivilgesetzbuch* (Hg. von Normann Witzleb). Berlin, Heidelberg, New York u. a., 10.
- ¹⁷⁷ DE MARTINO, F. (2004). Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa, en *L'Europe du troisième millenaire*. Mélanges Gandolfi I, Milano, 231.
- ¹⁷⁸ CARAVALLE, M. (2005). *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*. Bologna, 181 y sigs.
- ¹⁷⁹ Una referencia a la reforma del Derecho de obligaciones en el BGB, LAMARCA MARQUÉS, A. (2001). La modernización del derecho alemán de obligaciones: la reforma del BGB. *Indret* 2001/2; (2002). Entra en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones. *Indret* 2002/1, en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/31412>; <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/31385> (consultados con fecha 26 de mayo de 2017).

¹⁸⁰ WACKE, A. (1998). Transferimento della proprietà in virtù di mero consenso o solo a seguito della tradizione del bene? Sulle divergenze nei percorsi della recezione e sul possibile superamento delle stesse, en *Europa e diritto privato* 1998, 4, 1035 y sigs.

¹⁸¹ DE LOS MOZOS, J.L. (2002). El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos de la Academia de Pavía. *La Ley* n° 5629.

¹⁸² Sobre el Código holandés y su carácter ecléctico, véase HARTKAMP, A. (1993). *Das neue niederländische Bürgerliche Gesetzbuch aus europäischer Sicht*, 57 *Rabels Zeitschrift*, 1993, 664-684; HESSELINK, M., Il codice civile olandese del 1992: un esempio per un codice civile europeo?, en ALPA, G. Y BUCCICO, E. (2002). *La Riforma dei Codici in Europa e il Progetto di Codice Civile Europeo*. Milán, 71-82.

¹⁸³ La Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI) surge tras la aprobación del Tratado de Montevideo (TM, 1980) y representa el mayor grupo latinoamericano de integración conformado por trece países miembros (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), con más de 510 millones de habitantes. La ALADI propicia la creación de un área de preferencias económicas en la región, con el objetivo final de lograr un mercado común latinoamericano. Su finalidad es, facilitando y promoviendo el comercio, aunar esfuerzos para la consecución de un espacio económico común, razón por la que su regulación se circunscribe principalmente al ámbito del comercio exterior. Al respecto, http://consultawebv2.aladi.org/sicoexV2/jsf/mna_normas-Reguladoras_Entrada.seam (consultado con fecha 22 de enero de 2016).

¹⁸⁴ La Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) es un mecanismo intergubernamental que fue creado en 2011 para el diálogo y el acuerdo político, que incluye permanentemente treinta y tres países de América Latina y el Caribe. Se trata de un foro regional que reúne a toda América Latina y países del Caribe, que aspira a ser una voz única en las decisiones políticas estructuradas relativas a la cooperación política en apoyo de los programas de integración regional. En este sentido, <http://www.celacinternational.org/> (consultado con fecha 29 de enero de 2016).

¹⁸⁵ En 2004 se crea en Cuzco la Comunidad Suramericana de Naciones (CSN), que más tarde dio paso a UNASUR, cuando en 2008 se aprueba el Tratado constitutivo de la Unión Suramericana con sede permanente de la Secretaría General en Quito y del Parlamento en Cochabamba. Entre sus objetivos, más políticos y sociales, destaca: fortalecimiento del diálogo político entre sus miembros; desarrollo social y humano (erradicación del analfabetismo, recursos naturales, infraestructuras); integración financiera; identidad suramericana; salud y seguridad social; migración; cooperación económica y comercial; integración industrial y productiva; transferencia de tecnología; diversidad cultural, participación ciudadana; lucha contra el delito; cooperación judicial; cooperación en defensa; cooperación en seguridad ciudadana; integración suramericana. Véase <http://www.unasursg.org/> (consultado con fecha 29 de enero de 2016).

¹⁸⁶ La Alianza Bolivariana para los pueblos de nuestra América (ALBA), lejos del objetivo comercial que ha identificado a otros acuerdos, consiste en una alianza política, económica y social en defensa de la independencia, la autodeterminación y la identidad de sus Estados miembros (Venezuela, Cuba, Bolivia, Nicaragua, Dominica, Ecuador, Antigua y Barbuda, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Granada, Federación de San Cristóbal y Nieves). Sobre el particular, <http://albaiinfo.org/what-is-the-alba/> (consultado con fecha 22 de enero de 2016).

¹⁸⁷ La Alianza del Pacífico es creada en 2011 (integrada por Chile, Colombia, México, Perú, con países observadores entre los cuales algunos aspiran a ser miembros) y entre sus objetivos destaca la construcción de un área de integración profunda para avanzar progresivamente hacia la libre circulación de bienes, servicios, capitales, personas y economía; impulsar un mayor crecimiento, desarrollo económico y competitividad de las economías de sus integrantes, con miras a lograr mayor bienestar, superar la desigualdad socioeconómica e impulsar la inclusión social de sus habitantes; así como convertirse en una plataforma de articulación política, integración económica y comercial, y proyección al mundo, con énfasis

en la región Asia-Pacífico. En este punto, ver <https://alianzapacifico.net/que-es-la-alianza/#la-alianza-del-pacifico-y-sus-objetivos> (consultado con fecha 22 de enero de 2016).

¹⁸⁸ La Comunidad Andina de Naciones (CAN), creada en 1969, está integrada en la actualidad por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, tras el abandono de Venezuela en 2011. Los países de la Comunidad Andina cuentan con un ordenamiento jurídico andino que permite a los gobiernos adoptar normas comunitarias de obligado cumplimiento y políticas de interés común. Su ámbito de actuación destaca en la ampliación de mercados —zona de libre comercio andina—, libre de pago de aranceles en el 100% de los productos, con un régimen fiscal común para evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal; reconocimiento de derechos ciudadanos (viajes y visados, pasaporte, transporte, seguridad social, estudios, prestación de servicios); desarrollo social (migración, cohesión social, alimentación y nutrición, fronteras, mundo rural); salud; educación y cultura (Universidad Andina Simón Bolívar, patrimonio cultural); medio ambiente (cambio climático, biodiversidad, recursos genéticos, recursos hídricos, conservación patrimonio natural y ecosistemas); telecomunicaciones (red satelital, interconexión eléctrica, protección usuario), lucha contra el delito (minería ilegal, drogas, tráfico de armas, corrupción, promoción paz y convivencia pacífica, política de seguridad externa, prevención robo de teléfonos celulares); relación con otros países y bloques (política exterior común, relación con Chile, integración suramericana y latinoamericana); democracia y derechos humanos; cooperación técnica internacional. Ver en este sentido, <http://www.comunidadandina.org/index.aspx> (consultado con fecha 22 de enero de 2016).

¹⁸⁹ El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay al cual en fases posteriores se han incorporado Venezuela y Bolivia, esta última en proceso de adhesión. Desde su creación tuvo como objetivo principal propiciar un espacio común que generara oportunidades comerciales y de inversiones a través de la integración competitiva de las economías nacionales al mercado internacional. Como resultado ha establecido múltiples acuerdos con países o grupos de países, otorgándoles, en algunos casos, carácter de Estados Asociados —es la situación de los países sudamericanos—. Estos participan en actividades y reuniones del bloque y cuentan con preferencias comerciales con los Estados Partes. El MERCOSUR también ha firmado acuerdos de tipo comercial, político o de cooperación con una diversa cantidad de naciones y organismos en los cinco continentes. Desde sus inicios el MERCOSUR ha promovido como pilares fundamentales de la integración los principios de democracia y de desarrollo económico, lo que ha llevado a suscribir diferentes acuerdos en materia migratoria, laboral, cultural y social. Al respecto, <http://www.mercosur.int/> (consultado con fecha 29 de enero de 2016).

¹⁹⁰ PAU, A. (2004). *La convergencia de los sistemas registrales en Europa*. Madrid. Cuadernos de Derecho Registral, 9-17.

*(Trabajo recibido el 22-1-19
y aceptado para su publicación el 1-4-2019)*

Titularidad y atribución
de uso de la vivienda familiar
(Problemas prácticos y propuestas
de reforma de una regulación
inadecuada)

*Ownership and awarding of the use
of family dwelling
(Practical problems and reform
proposal on an inadequate regulation)*

por

MARÍA DEL MAR MANZANO FERNÁNDEZ
*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Córdoba*

RESUMEN: El tiempo y la realidad práctica han demostrado la insuficiencia de la regulación de esta materia tan propia del derecho de familia como es la atribución del uso de la vivienda habitual en los supuestos de crisis matrimonial. Los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, en particular el derecho a la vivienda y, como consecuencia de ello, el especial estatuto protector que las Leyes de reforma de 1981 dispensaron al domicilio de los que fueron cónyuges y a los hijos comunes han resultado, con el tiempo, fuente inagotable de resoluciones judiciales en las que el juzgador se mueve en un terreno inexplorado. El juez debe valorar múltiples circunstancias en cada caso concreto

como consecuencia de la aplicación de normas incompletas que resuelven solo parcialmente y a favor de sujetos determinados los efectos personales y económicos de las situaciones de crisis matrimonial. La gratuidad de la atribución del uso de la vivienda en perjuicio incluso del único titular de la misma se ve agravada con la entrada de la nueva pareja del usuario en la misma. El erróneo tratamiento del sobrevalorado interés del menor como único criterio que el Código civil recoge para la atribución, da lugar, en la práctica, a otros perjuicios que al final le repercuten igualmente, por lo que se hace necesaria y urgente una reforma de esta materia.

ABSTRACT: Time and practical reality have shown the inadequacy of the regulation on the matter of assigning the use of the primary residence at times of marriage crisis situations, such a core matter of family law. The fundamental rights drawn up in the Constitution, specifically the right to housing, and, as a consequence of that right, a special protective statute in the law reform of 1981, released the home to the former spouses and their children, which over time, has resulted in an endless source of judicial resolutions in which judges find themselves in explored territory. The judge must evaluate multiple circumstances in each specific case as a consequence of the application of incomplete laws that settle only partially and in favor of certain subjects when it comes to personal belongings and financial situations from the marriage crisis. Assigning the use of the home gratuitously, in detriment to the only deed holder of said home, is compounded upon the arrival of the home user's new partner. The flawed approach of the overestimated interest of the minor as the only criterion recognized in the Civil Code for assignation, leads to other prejudices in practice, which equally impact the owner. This is why an urgent and necessary reform on this matter is needed.

PALABRAS CLAVE: Crisis matrimonial. Vivienda. Atribución de uso. Menores. Convivencia con un tercero. Compensación económica. Limitación temporal.

KEY WORDS: *Marriage crisis. Home. Use assignation. Minors. Coexistence with a third party. Financial compensation. Temporary limit.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—III. LA VIVIENDA DEBE SERVIR AL INTERÉS DEL GRUPO FAMILIAR EN SU CONJUNTO.—IV. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE USO.—V. EL SENTIDO DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE

LA VIVIENDA FAMILIAR. UN GIRO JURISPRUDENCIAL EN LA BÚSQUEDA DE SU VERDADERO OBJETIVO.—VI. LA JURISPRUDENCIA ANTE EL HECHO DE LA CONVIVENCIA EN PAREJA EN EL DOMICILIO QUE FUE VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA.—VII. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ANTE LA CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA DE LA CONVIVENCIA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA: 1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO CONTRAPRESTACIÓN AL USO DE LA VIVIENDA. 2. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN, AUN EXISTIENDO MENORES.—VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

En principio puede parecer que la regulación del artículo 96 del Código civil es completa y suficiente cuando señala que en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Por el contrario, este precepto resulta absolutamente insuficiente y se revela como portador de soluciones en muchos casos injustas cuando se desciende a la realidad práctica. Tras una separación o un divorcio es lo habitual que, cuando hay hijos, la atribución del uso de la vivienda se haga a la madre y a aquellos, entendiendo que atender al criterio del interés del menor implica necesariamente el desplazamiento del otro progenitor a otro domicilio. Incluso cuando la vivienda habitual es de titularidad exclusiva del no adjudicatario, el principio general es el de la gratuidad del uso, aún cuando no disponga de medios suficientes para afrontar el pago de un alquiler o se haga cargo de la hipoteca que grava la vivienda, sin olvidar que deberá hacer frente a la obligación de alimentos respecto de los hijos y, en su caso, de la pensión compensatoria que pudiera haberse establecido a favor del excónyuge. Por otra parte, como será objeto de estudio en este trabajo, no será infrecuente que entre en escena un tercero que conviva con el adjudicatario en la vivienda. Si hablamos de menores, hablamos de padres jóvenes o relativamente jóvenes que en un momento u otro desearán rehacer sentimentalmente su vida, lo que es perfectamente entendible, como también lo es que el progenitor no usuario que es titular o cotitular de la vivienda vea esta situación como injusta, sin hablar del perjuicio económico que objetivamente produce.

La rigidez del artículo 96 del Código civil, que implica una atribución directa al cónyuge custodio, la indefinición temporal del uso cuando hay hijos y la necesidad del consentimiento del usuario para disponer de la vivienda aún cuando sea de titularidad exclusiva del no adjudicatario, ha determinado que los fallos jurisprudenciales en relación a esta materia —puesto que la actuación

del juez está limitada por la norma—, lleven en muchas ocasiones a situaciones injustas, por lo que resulta cuanto menos obligado plantearse la insuficiencia del Código en este punto y la necesidad de su reforma.

Entiendo que se trata del anuncio de una reforma legislativa que no tardará en llegar, necesaria ante la insuficiente regulación del artículo 96 del Código civil y que responda a todos los intereses en conflicto. El propio TS (SSTS de 3 de abril de 2014, 2 de junio de 2014 y 18 de mayo de 2015) ha pedido una nueva regulación de esta materia, y «valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del artículo 96 del Código civil, especialmente en algunos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusable una nueva y completa regulación».

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El Tribunal Supremo no mantenía una doctrina uniforme: Derecho real (STS de 20 de mayo de 1993), pero hay que atribuirle las características del uso conforme a los artículos 523 y siguientes del Código civil; Derecho oponible «erga omnes», pero no derecho real (STS de 31 de diciembre de 1994); Derecho de naturaleza «sui generis» (STS de 11 de diciembre de 1992); Derecho no real (STS de 29 de abril de 1994), que se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a los cónyuges.

Sin embargo, posteriormente, y tras numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales y del propio Tribunal Supremo, vacilante¹ en cuanto a la naturaleza del derecho de uso, el Alto Tribunal ha venido a unificar la jurisprudencia anterior, evitando de esta forma la interposición de recursos de casación sobre la materia alegando como motivos la existencia de sentencias contradictorias aportadas en alegación del interés casacional. Así, en la STS de 18 de enero de 2010 se afirma con rotundidad, en su Fundamento de Derecho Sexto que «De la naturaleza del derecho de uso se va a deducir una importante conclusión: *el Código civil no ha querido conferir a la atribución de la vivienda familiar la naturaleza de derecho real*»².

El artículo 96 del Código civil se limita a resolver a quién se atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciendo la preferencia de los hijos comunes y del progenitor a quien se atribuya la guarda y custodia, o a aquel de los cónyuges cuyo interés resulte más digno de protección, sin pronunciarse sobre la naturaleza de dicho derecho. Se trata de una situación en la que uno de los cohabitantes en el mismo domicilio es preferido al otro por razones que el

ordenamiento jurídico considera protegibles y ello con independencia del título que ostente el titular de la vivienda, ya sea arrendamiento, exclusiva del titular o copropiedad con el cónyuge usuario».

Esta doctrina se reproduce en la STS de 14 de enero de 2010 y se reitera en la de 22 de noviembre de 2010 en los siguientes términos: *el derecho al uso de la vivienda familiar concedido en sentencia, en el ámbito del derecho de familia, no es un derecho real, sino un derecho de carácter familiar cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia de los hijos menores o a aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. Desde el punto de vista patrimonial, el derecho al uso de la vivienda concedido mediante sentencia judicial a un cónyuge no titular no impone más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como actos de disposición de la vivienda. Esta limitación es oponible a terceros y por ello es inscribible en el Registro de la Propiedad (RRDGRN de 27 de agosto y 10 de octubre de 2008).*

El Tribunal Supremo sienta la doctrina anteriormente expuesta por cuanto debe ser amoldada a las circunstancias en aquellos casos en los cuales la vivienda cuyo uso se atribuye al cónyuge no titular, no pertenece en propiedad al otro cónyuge, sino que ha sido atribuido a este en virtud de un contrato, como puede ocurrir cuando se considera probado que la vivienda se ha atribuido al citado cónyuge en virtud de un contrato de comodato.

En el mismo sentido, la Dirección General de los Registros y del Notariado mantiene la siguiente doctrina: «...*El derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real*, pues la clasificación de los derechos reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial sino de carácter familiar. Tal carácter impone consecuencias especiales, como es la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo, pues una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo, pues a tal cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento (resolución de 14 de mayo de 2009).

En todo caso, la Dirección General se empeña en recalcar que, independientemente de la naturaleza que se otorgue a la atribución judicial del uso, la finalidad de la misma «constituye una limitación a las facultades dispositivas del cónyuge propietario, con efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro, a fin de evitar que una manifestación falsa de dicho propietario, en caso de disposición, provoque la aparición de un tercero protegido por el artículo 34 LH» (resolución de 10 de octubre de 2008). Del mismo modo, en

la citada más arriba, se reitera: «...el contenido del derecho de uso consiste, además de en el derecho ocupacional, en la exigencia que se impone al cónyuge titular del dominio de contar con el consentimiento del titular del uso para la enajenación de la vivienda.

Resulta obvio que cuando el uso corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de la vivienda, es evidente que en ningún caso se producirá la enajenación sin su consentimiento: «...sin que, por consiguiente, resulte necesario recabar el consentimiento del excónyuge que ni es titular del dominio ni es titular del derecho de uso. En definitiva, la facultad de limitar la libre disposición de la vivienda forma parte del contenido del derecho de uso que solo a su titular corresponde».

Reitera la misma doctrina, la resolución de 18 de noviembre de 2009: «... *el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real*, pues la clasificación de los derechos en reales y de crédito se refiere a los derechos de tipo patrimonial, y el derecho expresado no es de carácter patrimonial, sino de carácter familiar»

También la resolución de 19 de julio de 2011: «...*no es un derecho real*, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o a aquel que, se estima, no habiendo, hijos, que ostenta un interés más necesitado de protección. No se establecen más restricciones que la limitación de disponer impuesta al otro cónyuge, la cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso (o, en su defecto, autorización judicial) para cualesquiera actos que puedan ser calificados como de disposición de la vivienda.

La anteriormente citada resolución de 18 de noviembre de 2009 señala que el carácter familiar de la atribución del uso impone consecuencias especiales como son la duración del mismo —que puede ser variable—, así como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Como ocurre frecuentemente con los derechos de tipo familiar, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, la cual es exclusivamente del cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento.

III. LA VIVIENDA DEBE SERVIR AL INTERÉS DEL GRUPO FAMILIAR EN SU CONJUNTO

El particular estatuto de protección jurídica que se concede a la vivienda familiar cristalizado en el derecho de uso o atribución de uso de la misma, es natural secuela de la concurrencia de distintas normas constitucionales, todas ellas convergentes a la satisfacción de los intereses superiores que derivan de

la concepción del hombre como un ser social, dentro de un «Estado social y democrático de Derecho» (art. 1.º de la Constitución de 1978).

Efectivamente, los derechos de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, responden a un doble principio constitucional:

a) Uno de carácter general, el derecho a la vivienda, proclamado por el artículo 47 de la CE de 1978: «Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho...».

b) Otro específico, el derecho a la protección de la familia, proclamado por el artículo 39.1: «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Además de asegurar en este contexto de la protección familiar «la protección integral de los hijos» (art. 39.2 CE) y el derecho del hombre y la mujer «a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica», acogándose a la ley que lo regula (art. 32 CE).

Si, de una parte, la propia Constitución reconoce el derecho a la propiedad privada, pero su contenido viene determinado por la función social que lo delimita (art. 33); y de otra parte, la vivienda constituye la base física indispensable para el desarrollo de la vida familiar, habremos encontrado fuertes razones constitucionales para justificar el especial estatuto protector de la vivienda familiar, cualquiera que sea el cónyuge propietario o la naturaleza del contrato o derecho básico del que deriva el derecho al uso de aquella. Consecuencia del mandato constitucional, las Leyes 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio y la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, introducen diversos preceptos en el Código civil que, aparte de incidir en el problema general del derecho a la vivienda, suponen una adaptación de este derecho a las necesidades del grupo familiar, en armonía con el doble aspecto constitucional del problema, antes reseñado.

Sin embargo, este especial estatuto protector no puede redundar directamente en el perjuicio de uno de los miembros del grupo familiar, pues la vivienda sirve a los intereses del grupo en su conjunto. Es un bien adscrito no a uno de los componentes de la familia, sino al servicio del conjunto familiar y, en los casos de secesión conyugal o imposibilidad de convivencia conjunta, a uno u otro de los esposos y a los hijos, en su caso. La Ley contempla la vivienda familiar como un concepto no patrimonial, como mero asentamiento o ubicación del ente pluripersonal que constituye la familia, independientemente del origen o titularidad del inmueble sustrato de la vivienda. Es una especie de propiedad familiar que trasciende a los propios esposos, una propiedad «sui generis», una alteración del régimen jurídico de la propiedad, con sustantividad peculiar,

que la aleja del concepto clásico de propiedad. Hay o puede haber una cierta desconexión entre la titularidad del dominio y la titularidad de ejercicio de las facultades dominicales que implican uso. Esta esencial particularidad de la vivienda familiar tiene una importante trascendencia en la disponibilidad de la misma (arts. 96 y 1320 CC) y es un reflejo de la concepción colectiva del ente familiar. Igualmente, queda reflejada en las dudas sobre la propia terminología utilizada³.

Dice HERRERO GARCÍA (1991, 588) que se trata el lugar habitable donde se desarrolla la convivencia familiar: «una vivienda digna y adecuada» (art. 47 CE), que excluye cabañas, chozas, carromatos, terrenos de futura construcción, etc. Excluidos todos estos espacios, puede ocurrir también que el matrimonio cuente con dos viviendas que cumplan los requisitos para serlo, por residir cada uno de los cónyuges en ciudades distintas, o estudiar uno de los hijos en una localidad en la que vive con uno de los miembros de la pareja, quedando el otro con el resto de los hijos en la vivienda en la que se había venido desarrollando la convivencia familiar (CHAPARRO MATAMOROS, 2018, 625).

Para RODRÍGUEZ LÓPEZ (1982, 1606), de la dicción del artículo 1320 del Código civil se desprenden los tres elementos indispensables para que el hogar pueda ser calificado de familiar:

a) Tratarse de una edificación habitable. Por no serlo, deben excluirse los solares, locales de negocios y fábricas (ÁVILA ÁLVAREZ, 1981, 1381); y los garajes (ALBALADEJO GARCÍA, 1997, 156).

b) Tratarse de una edificación ocupada de hecho y con habitualidad. La noción de habitualidad se corresponde con lo que se ha llamado «animus perpetuo commorandi» (*Vid.* art. 40 CC, que define el domicilio como «lugar de residencia habitual»). Es decir, es la residencia «normal y de presumible continuación», el domicilio fijado «de común acuerdo» (art. 70 CC).

Quedan, por tanto, excluidas las residencias secundarias, viviendas de temporada o fincas de recreo, lo que no excluye la posibilidad de existencia de varias viviendas habituales de la familia, que no produce «interrupción de la convivencia», si la existencia de aquellas obedece a «motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga». Parece que debe incluirse el local con carácter mixto, pero no el exclusivo de ejercicio de la actividad profesional. En todo caso, el requisito de la habitualidad mira al presente y al futuro, pero no al pasado, sin que haya fijado un tiempo mínimo de ocupación.

c) Tratarse de una edificación habitada por la familia, precisando no obstante, que lo preponderante, más que el concepto de familia, es el de cónyuge como individuo que debe habitarla, apartándose aquí RODRÍGUEZ LÓPEZ del criterio jurisprudencial y de gran parte de la doctrina, para la que, como se verá, al precisar los beneficiarios del derecho de uso, el concepto de vivienda familiar

encuentra su fundamento esencial en la protección de los hijos, antes que el cónyuge. La STS de 9 de mayo de 2012 ha establecido que en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar, y esta no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Siendo el criterio para su atribución el del interés del menor, el Tribunal Supremo ha considerado que no es la residencia habitual de la familia el domicilio en el que convive el menor, fijado en una ciudad distinta de las de residencia de los progenitores, por entender que aunque se determinó por acuerdo de ambos, ninguno de ellos convive habitualmente con ella por motivos de trabajo (la hija reside en Sevilla y los padres, uno en Barcelona y otro en Madrid), y porque además, de mantenerse, impediría la disposición de un patrimonio común, afectando a la liquidación del haber conyugal, integrado entre otros bienes por la vivienda gravada con una carga hipotecaria de larga duración (STS de 19 de noviembre de 2013).

Sobre este planteamiento, hay que establecer una clara separación entre la situación de normalidad matrimonial y la situación de crisis matrimonial. En ambos casos, la llamada vivienda familiar está llamada a cumplir la esencial función de satisfacer las necesidades de alojamiento o vivienda permanente de la familia. Ahora bien, en la que hemos llamado situación de normalidad matrimonial, el uso de la vivienda es un derecho que corresponde a todos los miembros del grupo familiar; lo llamaremos, por ello, simplemente derecho de uso de la vivienda familiar. En cambio, en las situaciones de crisis (nulidad del matrimonio, separación y divorcio de los cónyuges) es un derecho que corresponde solamente a aquellos miembros de la familia a los que se ha efectuado la atribución de dicho uso; por ello, más propiamente, debemos hablar, de derecho a la atribución del uso de la vivienda familiar. Rota la situación matrimonial, el alcance de la autonomía de la voluntad es muy limitado, pues, aunque exista acuerdo de los cónyuges sobre el uso de la vivienda familiar, este acuerdo debe ser aprobado por el juez, que es quien, en definitiva, fija el alcance del derecho de uso, sus titulares, plazo de duración, etc. Y «para disponer de la vivienda... cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial» (art. 96 último párrafo). Es decir, ya no basta el consentimiento de «ambos cónyuges», pues las partes interesadas en este derecho de uso, pueden ser también los hijos, y no solo los que estén bajo la patria potestad (*Vid.* art. 92 CC), sino incluso los «mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios», «si convivieran en el domicilio familiar», a los que el juez fijará «los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes» (*Vid.* art. 93 CC), en cuyo derecho de alimentos, no se olvide, se incluye la «habitación» (art. 142.primer párrafo).

IV. BENEFICIARIOS DEL DERECHO DE USO

En los casos de crisis conyugal, entra en juego el principio de protección integral de los hijos —«toute pour l'enfant»—, que tiene su apoyo en el artículo 39.2.º CE («Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales estos ante la Ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil»); en el Código civil, artículos 154. 2.º («La patria potestad como responsabilidad parental se ejercerá siempre en beneficio de los hijos...»); 170. Párrafo 2.º («Los Tribunales podrán, en beneficio e interés del hijo, acordar la recuperación de la patria potestad...»); 176.1 («La adopción se constituirá por resolución judicial, que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando...»); y 180 («La adopción es irrevocable»). Consecuencia de la prevalencia del principio del interés del menor es la imposibilidad de que los cónyuges puedan modificar la atribución (GÓMEZ GÁLLIGO, 1996, 167)⁴.

La SAP de Valladolid de 28 de junio de 1990 declaró que si existen hijos menores de edad, el interés de estos obligaría a asignar a ellos y al progenitor con el cual hayan de convivir, el uso de tal vivienda. Puede atribuirse también al progenitor apartado de los hijos menores, siempre que existan razones especiales. La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 1990 admitió, si no hay hijos, en los casos de separación y divorcio, la posibilidad de atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular. Debe rechazarse la posibilidad de continuar la convivencia en habitaciones separadas y uso conjunto de los elementos comunes. La SAP de Álava de 30 de marzo de 1995 declaró que el criterio pacífico para la adjudicación del uso de la vivienda familiar es el del «favor filii»⁵.

Por eso, como señala SERRANO DE NICOLÁS (2011, 531) hay, que distinguir dos posibles situaciones: una, cuando se produce la atribución voluntaria (o en ejecución de lo pactado en el convenio regulador) de un derecho real que lleve inherente el uso de la vivienda familiar; otra, cuando en el convenio se produce la atribución legal del derecho de uso familiar de la vivienda de la que será titular el cónyuge y beneficiarios los hijos.

Hay que destacar que, frente a este tradicional automatismo en la aplicación del artículo 96 párrafo primero del Código civil que establece que «En defecto de acuerdo de los cónyuges, aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella, corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden», no es nueva la corriente judicial y doctrinal⁶ que tiene en cuenta las circunstancias personales, sociales y económicas de la familia concurrentes en cada caso. Así, y, en una interpretación teleológica del precepto, se entiende que el interés de los hijos no es siempre el más necesitado de protección o, al menos, no indefinidamente. Sirva de ejemplo la de la SAP de Córdoba de 30 de enero de 2006, en la que se revoca la atribución del uso a la

madre e hijas comunes, habida cuenta que el padre había realizado una donación a las hijas de una vivienda en construcción, o la de la SAP de Las Palmas, de 4 de junio de 2008, cuyos fundamentos se reproducen literalmente en la de la AP de Tenerife de 5 de julio de 2010, que limita temporalmente la atribución a tres años afirmando que «...la realidad social, con la elevada carestía de las viviendas en la sociedad urbana moderna, obligan a las resoluciones judiciales en cada vez mayor medida a limitar ese derecho de uso fijando un término final. (...) Atribuir el uso indefinidamente, soportando el excluido del uso el gravamen de la hipoteca, supone en los tiempos actuales una virtual privación de los derechos dominicales de dicho cónyuge titular y una solución inaceptable para la adecuada composición de todos los intereses legítimamente atendibles en la unidad familiar»⁷. Como señala esta última resolución, «...el régimen legal establecido por el artículo 96.1 del Código civil, está dando paso a un cuerpo de doctrina claramente clarificadora de una normativa legal claramente parca y deficitaria en la definición de los perfiles de este derecho».

La rigidez del artículo 96 del Código civil implica igualmente la atribución del uso *siempre* al cónyuge custodio, incluso cuando resulte acreditado que las necesidades de vivienda están cubiertas de otro modo. Así resolvió el supuesto de hecho la STS de 16 de junio de 2014. En orden a proteger el interés del menor, se asignó cautelar y temporalmente la guarda y custodia del menor al padre, manteniendo a la madre en el uso de la vivienda, dado que el padre tenía en esos momentos resuelto el problema de la vivienda en la casa de su pareja de hecho. Sentencia el Tribunal Supremo que ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de un tercero una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, que constituyó el domicilio conyugal y que no fue abandonado de forma voluntaria, sino por imperativo del artículo 96 del Código civil, como consecuencia de la sentencia de separación. La asignación del uso responde a la necesidad de garantizar una vivienda segura al menor y esto no se produce en la situación actual que disfruta el padre. Ello perjudicaría al menor, cuyo interés es el que debe presidir la atribución de la vivienda, sin perjuicio de que la medida pueda verse alterada en razón a circunstancias posteriores, pero no para atribuirle a la esposa, sino para dejarla sin efecto, porque no se cumple la finalidad para la que está prevista.

Del mismo modo se manifiesta el Tribunal Supremo (STS de 15 de marzo de 2013) en contra de la ocupación de una vivienda —cedida por los abuelos con vocación de permanencia— por el custodio y los hijos, por entender igualmente que ello no indica sin más que pueda ponerse a cargo de los abuelos una obligación continuada que corresponde a los progenitores y que estos pueden, además, hacerla efectiva puesto que el matrimonio dispone de una vivienda, propiedad del esposo, que constituyó el domicilio conyugal y que no abandonaron de forma voluntaria.

En relación a las situaciones de convivencia de hecho del cónyuge usuario con una tercera persona en la propia vivienda habitual, —supuesto que estudiaremos más adelante—, ya se habían pronunciado las Audiencias Provinciales. El cónyuge, propietario de la totalidad o parte de la vivienda, tras abandonarla por haberse adjudicado su uso a los hijos y al otro cónyuge debe, en muchos casos, seguir abonando la cuota de amortización del préstamo hipotecario⁸ mientras paga el alquiler de otra vivienda donde alojarse. Por cuanto los beneficiarios son los hijos, no puede beneficiarse de modo gratuito un tercero ajeno a la atribución judicial del uso. LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ (2010, 278) apunta que la convivencia de un tercero en la vivienda no altera de modo alguno las necesidades habitacionales de los hijos, y que en caso que el nuevo ocupante supusiese una mejora económica en los recursos del progenitor adjudicatario del uso, sería una circunstancia a tener en cuenta para una posible modificación de su derecho a pensión compensatoria —si es que existe—, pero nunca para sustentar la extinción del derecho de uso. Concluye, en este punto, que la solución a este problema debe buscarse mediante el ejercicio de las acciones que nacen del dominio y acudiendo a la figura del enriquecimiento injusto o al abuso del derecho, tanto frente al tercero usuario como frente al cónyuge titular del derecho de uso que tolera el uso por el tercero sin contraprestación alguna. Es esta la línea que se ha venido siguiendo con posterioridad y que, con otros argumentos, como la pérdida del carácter de familiar de la vivienda, ha cristalizado en un giro jurisprudencial que comentamos a continuación.

V. EL SENTIDO DE LA ATRIBUCIÓN JUDICIAL DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR. UN GIRO JURISPRUDENCIAL EN LA BÚSQUEDA DE SU VERDADERO OBJETIVO

La regulación del uso de la vivienda familiar no pretende el objetivo que es, generalmente, propio de las relaciones contractuales, de favorecer el tráfico de bienes y derechos, con una finalidad sustancialmente económica. Son, por el contrario, objetivos de carácter social los que determinan este derecho especial de uso. Lo que se trata de proteger no es tanto el interés económico de la persona, como su protección como tal persona integrante de un núcleo de convivencia que se basa en las relaciones de sangre y de afecto y no meramente en las frías relaciones contractuales en las que el objetivo de naturaleza patrimonial es fin en sí mismo. En el caso del uso de la vivienda familiar, el fin negocial está subordinado a los fines superiores de la propia familia, del grupo social. Como dice el Profesor GONZÁLEZ PORRAS (1987, 12), «la familia, como institución natural, se mueve entre una concepción fundamentalmente jurídica y la de quienes la observan como una realidad social a la que el Derecho llega muy escasamente», siendo patentes las dificultades del Derecho para regular

«la totalidad de las vicisitudes por las cuales las relaciones entre los diferentes miembros de una familia puede atravesar». Por estas razones, la ordenación del derecho de uso de la vivienda familiar, va a imponer fuertes restricciones al principio de autonomía de la voluntad, va a determinar profundas modificaciones en las reglas generales del Derecho sobre enajenación y gravamen de los bienes y, en definitiva, va a crear un espacio jurídico con características específicas, especialmente cuando las relaciones personales de los sujetos familiares entran en crisis.

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018 ha resuelto la controvertida cuestión de la determinación de los efectos que produce la convivencia de la progenitora, que tiene atribuido el uso de la vivienda familiar, junto a los hijos menores, con una nueva pareja, respecto de este derecho de uso. El Pleno resuelve que, la vivienda litigiosa, antes del hecho de la entrada en la vida de la esposa de su nueva pareja, podía seguirse considerando como vivienda familiar en cuanto servía a un determinado grupo familiar aunque desmembrado y desintegrado tras la crisis matrimonial. Pero precisamente, por la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa y materialmente en la que fue vivienda familiar, hace perder a la vivienda su antigua naturaleza de vivienda familiar por servir en su uso a una familia distinta y diferente. No puede, por tanto, calificarse de familiar a la vivienda que no sirve a los fines del matrimonio, por lo que no tiene sentido que los hijos y el custodio sigan manteniendo el uso de un inmueble que ya no sirve a sus primitivos fines más allá del tiempo que se necesite para liquidar la sociedad ganancial.

En resoluciones anteriores, el Tribunal Supremo se había pronunciado en relación a la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso se había asignado a la esposa e hijos menores. No se manifiesta la Sala en relación al derecho de uso, sino desde el punto de vista de la rebaja del importe de las pensiones alimenticias de los menores (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero y 8 de marzo de 2017).

En la sentencia de 2018, los argumentos del Alto Tribunal se resumen como sigue:

Primero: La presencia de un tercero en la vivienda cambia el estatus del domicilio familiar. Evidentemente, no se cercena el derecho de establecer nuevas relaciones de pareja tras el divorcio, pero esa nueva relación no puede actuar en contra del progenitor no custodio, porque tiene influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, porque se introducen elementos de valoración que primitivamente no se tuvieron en cuenta.

Segundo: El interés del menor es una suma de distintos factores. Para evitar la desestabilización del niño no es solo primordial mantenerlo en el mismo ambiente, sino una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos.

La doble ubicación de los progenitores comporta una serie de gastos cuando uno de ellos debe abandonar el domicilio, en especial para las economías más débiles. Si es posible atender al interés del menor con una vivienda alternativa y valorando los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas, deben respetarse todos los intereses legítimos concurrentes.

Tercero: El derecho de uso de la vivienda familiar existe o deja de existir en función de las circunstancias concurrentes. Se mantiene en tanto la vivienda conserve el carácter de familiar, pero se pierde cuando el inmueble no tiene dicho carácter, porque dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial.

En el supuesto de hecho, el carácter ganancial del inmueble favorece la posibilidad real de seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y se adquiere otra vivienda.

Esta novedosa sentencia rompe con el criterio tradicional de atender únicamente al interés del menor para la adjudicación del uso de la vivienda habitual y mantenimiento de la misma hasta la mayoría de edad de los hijos y con independencia del régimen de bienes del matrimonio o de la forma de titularidad acordada por los propietarios⁹, y que además es aplicable igualmente en situaciones de convivencia de hecho sin matrimonio, pues el interés del menor valorable es el mismo (STS de 22 de febrero de 2017). El rigor del artículo 96.1 del Código civil solo se eliminaba en dos circunstancias: una, que la vivienda no tenga el carácter de familiar, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si ya no sirve a los fines del matrimonio; otra, que el hijo no precisara de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios (STS de 17 de junio de 2013). Junto a ello, solo la mayoría de edad de los hijos equiparaba la situación a aquella en la que no hay hijos a los que se refiere el artículo 96 del Código civil y se entendía que la atribución al cónyuge más necesitado de protección no podía hacerse por tiempo indefinido¹⁰. Así, la STS de 29 de mayo de 2015 entendió que lo contrario podía parecerse más a una expropiación de la vivienda que a una efectiva tutela de lo que la ley dispensa a cada una de las partes «fundada en un inexistente principio de solidaridad conyugal y consiguiente sacrificio del puro interés material de uno de los cónyuges en beneficio de otro (...)». El TS ha advertido del excesivo rigor de la norma y aboga por una pronta modificación y más completa regulación que entiende debe producirse «de manera inexcusable». Deben valorarse las circunstancias personales y laborales de los progenitores. La facultad de limitación de la atribución de uso debe ser posible cuando constituya una solución razonada y no perjudique el interés de los menores por contar los progenitores con capacidad suficiente para atender las necesidades de habitación de los mismos o cuando la atribución indiscriminada

suponga un abuso del derecho. En la STS de 22 de febrero de 2017 se tuvo en cuenta para acordar una atribución temporal:

- 1.º. Que la vivienda es de exclusiva propiedad del apelante.
- 2.º. Que ha constituido la vivienda familiar solo durante los últimos cinco años.
- 3.º. Que la salida del domicilio se produjo por iniciativa del progenitor custodio que accedió de manera inmediata a una vivienda próxima al domicilio familiar.
- 4.º. Que el apelante dispone de ingresos suficientes para el abono de la pensión alimenticia y para subvenir de manera expresa a un incremento de la misma en atención a las necesidades de habitación de los menores.

En definitiva, la sentencia de 2018 fundamenta su fallo en lo que RODRÍGUEZ LÓPEZ (1981, 217) planteó en 1981 como la desafección de la vivienda habitual. Si bien partía de la base de que una vez que el grupo familiar se traslada a otra morada, lo natural es que el estigma «hogar familiar» deje de acompañar a la vivienda abandonada, cesando para la misma el consiguiente régimen especial, que ya solo será predicable de la nueva sede, también puede dejar de ser vivienda familiar tras la crisis matrimonial. Es patente la dificultad que supone una prueba plena de la desafección, salvo que por los esposos se manifieste su mutuo acuerdo. Se trata, sin embargo, de que el cónyuge titular privativo de la vivienda pueda recuperar su libre disponibilidad.

Se pueden dar tres situaciones:

- a) Que la vivienda tuviese en origen carácter ganancial. Su desafección como hogar familiar cambia bien poca cosa.
- b) Que siendo privativa se haya convertido en ganancial total o parcialmente. La desafección no puede por sí misma alterar su ganado carácter ganancial si lo adquirió en los casos del artículo 1355 del Código civil. Pero si el carácter ganancial resultó de la aplicación del artículo 1357, párrafo 2.º, es dable entender que si la causa básica de la conversión a común es justamente la circunstancia de ser vivienda habitual de la familia, desaparecida que sea esta, la mutación queda privada de su fundamento y, por ello, lo justo es estimar que la finca recupera su cualidad privativa.

Esta tesis de RODRÍGUEZ LÓPEZ (1981, 217) aparece muy cercana a la idea de LACRUZ BERDEJO (1997, 359) de que el artículo 1357, párrafo 2.º del Código civil, lo que establece es una comunidad «en proporción variable».

- c) Que el hogar familiar haya sido siempre y siga siendo de pertenencia exclusiva de marido o mujer. La desafección se orienta a un trascendente efecto: hacer desaparecer las limitaciones que, en orden a su disposición, pesaban sobre el cónyuge titular.

En orden a la atribución judicial del uso, como señala el Tribunal Supremo, cuando la vivienda familiar ha dejado de serlo no tiene justificación alguna la asignación.

VI. LA JURISPRUDENCIA ANTE EL HECHO DE LA CONVIVENCIA EN PAREJA EN EL DOMICILIO QUE FUE VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA

Hay una cierta contradicción entre el criterio para la atribución del uso de la vivienda que, como se ha señalado más arriba, parte de la protección del interés del menor como más necesitado de protección y el de todos los miembros del grupo familiar como atendible para encontrar en la vivienda la sede en la que se desarrolla su vida. La STS de 16 de diciembre de 1996 señaló que se trata del «reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias y protección de su intimidad, al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos». A esta afirmación se añade que por ser la vivienda uno de los derechos humanos fundamentales y por ser un reducto de la intimidad de su titular, en uso de su libertad personal *el progenitor a quien se le atribuye el uso puede establecer relaciones estables de pareja con quien estime conveniente*, pues la inviolabilidad del domicilio determina no solamente la facultad de excluir o impedir la entrada y permanencia en el mismo de cualquier persona, sino también la de permitir la entrada y permanencia en su domicilio de cualquier persona, siempre que no perjudique los intereses de los hijos. Entenderlo de otro modo conduciría a impedir al cónyuge o progenitor custodio su convivencia con hijos habidos de otras uniones, con infracción del deber constitucional de prestar asistencia a los hijos habidos fuera o dentro del matrimonio (STS de 19 de enero de 2017). Pero además, si se acordara la pérdida del uso de la vivienda por el hecho de convivir la madre con tercera persona (SAP de Alicante de 22 de junio de 2018), «se estaría resolviendo en contra del interés de los menores que requieren los alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad y, entre los alimentos se encuentra la habitación. Entiende esta sentencia que la convivencia con otra persona no anula los intereses y necesidades que se tuvieron en cuenta a la hora de atribuir el uso del domicilio familiar, máxime cuando ni siquiera puede asegurarse que la relación vaya a permanecer hasta la mayoría de edad de los menores.

En este tipo de situaciones, en las que el beneficiario de la atribución del uso convive con un tercero, y con la intención de recuperar el uso y disfrute de la vivienda, la reclamación tiene como contenido la acción de desahucio y las reclamaciones de daños y perjuicios con base en la existencia de enriquecimiento injusto o abuso de derecho

En relación a la primera medida, debe cuestionarse y determinarse la condición de precarista de la tercera persona que convive *more uxorio* con el progenitor custodio en la vivienda familiar, propiedad privativa del progenitor no custodio. Este tercero reside en la vivienda con el consentimiento o autorización de quien no es titular y entendiéndose que la limitación que sufre el dominio de quien sí lo es, se restringe a la órbita de lo acordado en la sentencia recaída en el procedimiento de divorcio, no pudiendo hacerse extensivo el derecho de uso a terceras personas ajenas al procedimiento matrimonial.

A favor de la ocupación del inmueble por el tercero, aún sin el consentimiento del propietario se argumenta (SAP Madrid de 10 de julio de 2017):

- Que no integra un supuesto de abuso de derecho, pues el comportamiento que se reprocha al cónyuge custodio (convivencia marital en la vivienda familiar con su actual pareja) no resulta contrario a la ley ni formal ni sustancialmente, no concurriendo el requisito del daño que exige el artículo 7.2 del Código civil.
- Que no hay perjuicio económico derivado de la utilización de la vivienda por un tercero que no paga nada por ello y que además tiene una vivienda en propiedad, sino que dicho perjuicio trae causa de la prevalencia del interés de los menores y no del comportamiento del custodio que se atiene, en el ejercicio del derecho de uso, a la finalidad que le es propia.

Puesto que el Código civil no contempla la extinción de la atribución de uso por convivencia marital del ocupante, ni siquiera para el caso que no haya hijos comunes, solo cabe entender que se hubiera producido una «alteración sustancial de las circunstancias» que motivaran la modificación de la medida. Sin embargo, dado que el criterio de atribución suele ser —como se ha señalado— el del interés de los hijos, si este no ha cambiado, la ocupación por un tercero no se considera, en general, con fuerza suficiente para entender producido la alteración sustancial citada.

En sentido contrario ha habido resoluciones que abogan y argumentan la incompatibilidad del derecho de uso y la convivencia marital con un tercero cuando la atribución tenía como beneficiarios al cónyuge y a los hijos, sobre la base de que el título de ocupación no permite el uso a personas ajenas al entorno familiar.

La SAP de Almería de 19 de marzo de 2007 razonó que resulta absurdo que de la vivienda que constituyó el domicilio familiar, común y ganancial, asignada al cónyuge y al hijo de su matrimonio, pueda beneficiarse un tercero ajeno al matrimonio, sin posibilidad de acción del cotitular de la vivienda, concluyendo que «si el cónyuge a quien se atribuye el disfrute de una vivienda ganancial desea fundar con tercera persona una familia, o unirse establemente a ella, lo oportuno es que, consumando la liquidación de gananciales que a la disolución

provocada por la sentencia de separación o divorcio debe ordinariamente suceder, forme nuevo hogar renunciando al privilegio del que, en atención a su anterior situación, venía disfrutando». Así se conjugan perfectamente los derechos del menor, el interés del padre no custodio, los derechos y obligaciones de la madre encargada de la custodia del menor, y el principio que impide el enriquecimiento y abuso del derecho. En el mismo sentido, la SAP de Madrid de 5 de mayo de 2000 sustenta la inexistencia de legitimación del segundo marido del excónyuge para ocupar la vivienda, argumentando que las únicas personas autorizadas para tal ocupación eran las hijas y la madre, no terceras personas ajenas al procedimiento matrimonial, excluyendo que estas últimas pudieran permanecer en el inmueble de forma habitual y permanente. Siendo, por tanto, tal tercero, ajeno al procedimiento matrimonial no podía actuarse contra él por vía de lanzamiento, pero sí actuar por vía de la responsabilidad civil contra quien estaba obligado a no hacer extensivo el derecho de uso a personas ajenas al entorno familiar constituido por aquella y las hijas comunes, por lo que la sentencia declaró la procedencia de la indemnización de los perjuicios causados al cónyuge propietario.

VII. LA MODIFICACIÓN DE MEDIDAS ANTE LA CIRCUNSTANCIA SOBREVENIDA DE LA CONVIVENCIA DE UN TERCERO EN LA VIVIENDA

1. LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO CONTRAPRESTACIÓN AL USO DE LA VIVIENDA

La configuración jurídica del derecho de uso o de atribución de uso de la vivienda familiar, ofrece no pocas dificultades. De una parte, en situaciones de normalidad matrimonial estamos ante un derecho que otorga a un no dueño del inmueble el cónyuge no propietario facultades de codisposición e incluso cuotas de copropiedad sobre el mismo; y, en todo caso, limita las facultades del dueño, al exigir el consentimiento de un no propietario o, en su caso, autorización judicial, para disponer de los derechos sobre dicha vivienda. De otra parte, en situaciones de crisis matrimonial nulidad, separación o divorcio los cónyuges pueden convenir o el Juez puede decretar que el uso de la vivienda familiar se atribuya al cónyuge no propietario o no titular del derecho básico que sirve de soporte o es causa de dicho uso. Se produce, en ambos casos, una anomalía o excepcionalidad jurídica en lo que podemos estimar el normal ejercicio de los derechos que permiten el uso de las cosas, ya se trate, en principio, del derecho de dominio pleno o de los derechos reales o personales.

Por ello, e independientemente de la entrada de un tercero en la vivienda, la regla general es la asignación de la vivienda a uno de los progenitores sin importar la titularidad y sin que se prevea ningún tipo de compensación para

el propietario cuando se adjudica el uso al no dueño. El Código civil no prevé la valoración de la capacidad económica del adjudicatario y en esta línea se ha pronunciado la jurisprudencia.

Las posibles soluciones a la laguna existente en la regulación de estos supuestos se concretan en una modificación de las medidas inicialmente adoptadas, particularmente valorando la posibilidad de una compensación económica ante el uso por el excónyuge de la vivienda cuando es compartida o titularidad del no usuario que puede materializarse en una reducción de la cuantía de la obligación de prestar alimentos a los hijos comunes, con la inmediata consecuencia de aumentar la aportación que deba realizar el cónyuge custodio. La regulación actual, que no contempla «ab initio» la compensación económica, da lugar a situaciones injustas, pues solo cabe la posibilidad de obtener algún tipo de compensación tras instar el auxilio judicial, incluso cuando el inmueble es de titularidad exclusiva del cónyuge no usuario, cuando debe hacer frente a la búsqueda de una nueva vivienda incluso cuando el usuario tiene capacidad económica suficiente y superior a la suya para acceder a otra, sin olvidar que puede aquel estar afrontando en solitario el pago de la hipoteca. Como señala OLIVA BLÁZQUEZ (2017, 312), a ello habría que sumarle que cuando la vivienda sea propiedad exclusiva del cónyuge no usuario, este verá cómo sobre su dominio queda constituida una especie de carga que dificultará la adquisición de la vivienda por un tercero. Una vez más vuelve a manifestarse la laguna existente en la regulación positiva, que obliga a los Tribunales a ponderar numerosos elementos de juicio para llegar a una solución lo más objetiva posible y valorando intereses contrapuestos.

La posibilidad de una contraprestación por el uso de la vivienda fue valorada en los trabajos parlamentarios de modificación del Código civil como consecuencia de las leyes de reforma de 1981, si bien sobre la base de una propuesta muy ambigua, pues se refería a la posibilidad de uso de la vivienda «mediante las adecuadas compensaciones». La propuesta fue rechazada por la inseguridad que podría provocar la indeterminación de la expresión, pero llevó a afirmar a GARCÍA CANTERO (1982, 408) que su supresión no impedía al juez imponer al usuario la obligación de hacerse cargo de ciertos gastos como las cuotas de comunidad, las contribuciones, el agua o el teléfono. El artículo 96 no exige la gratuidad de forma expresa cuando, tratándose de un contrato oneroso debería haberlo hecho, ni tampoco excluye que el juez pueda reconocer algún tipo de compensación económica cuando lo estime conveniente en aras de la justicia del caso concreto. Así lo entiende igualmente CUENA CASAS (2014, 17) que aún afirmando la función familiar de la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial, reconoce que ello no tiene por qué privarle de su valor económico.

La compensación económica es la solución que había previsto la Ley de la Generalidad Valenciana 5/2011 de 1 de abril de relaciones familiares de los

hijos e hijas cuyos progenitores no conviven. Esta norma fue anulada en su totalidad por el Tribunal Constitucional, en sentencia dictada el 16 de noviembre de 2016 en el recurso de inconstitucionalidad 3859/2016. Los motivos de la anulación se ciñen a una cuestión de competencia, por lo que su cita aquí lo es a efectos de poner de manifiesto que la línea predominante es, como hacía esta ley, la de fijar una compensación por la pérdida de uso y disposición a favor del progenitor no adjudicatario (art.6.1). En la misma línea, la Ley 7/2015 del País Vasco, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores que prevé en su artículo 7 esta compensación en los mismos términos.

La SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014 estimó procedente esta medida, al convivir en la vivienda el excónyuge con su nueva pareja y el hijo de ambos, junto a los comunes de los excónyuges. Entiende la sentencia que se trata de un hecho nuevo y de entidad suficiente que debe tener su trascendencia en el orden económico y que la medida económica es la pensión de alimentos a favor de los hijos acordada en su día en la sentencia de divorcio. Los gastos de comunidad y los de empleada de hogar que se valoraron para cuantificar la pensión de alimentos son gastos de los que ahora se beneficia la nueva familia en perjuicio del demandante, por lo que al formar la vivienda parte integrante del concepto de alimentos, esta obligación debe recaer sobre ambos progenitores, y no solamente sobre el no custodio. En la misma línea, la STS de 19 de enero de 2017.

La posibilidad de la extinción de la atribución judicial del uso por convivencia marital del beneficiario con otra pareja ya está prevista en la legislación catalana, tanto si se produce como consecuencia de la ruptura matrimonial o de una pareja estable. Como dice MOLL DE ALBA LACUVE (2017, 206) si aparece una pareja sentimental que vive «gratis» en la vivienda familiar, es totalmente justo que se permita la solicitud de la extinción del uso. En el Código civil solo valora la convivencia marital del progenitor custodio con un tercero en orden a la extinción de la pensión compensatoria, pero no en relación a la atribución del uso de la vivienda.

No existiendo previsión legal en Derecho común acerca de la extinción, los Tribunales son muy reticentes a su aplicación, por lo que al menos debería valorarse la posibilidad de establecer una compensación económica. Como acertadamente señala CUENA CASAS (2014, 20-21), una vez que se atribuye el uso al cónyuge por su condición de ostentar la custodia de los hijos comunes, los gastos derivados de la vivienda que asume el otro cónyuge por su condición de propietario deben ponderarse como contribución en especie para la fijación de alimentos a los hijos, aplicando la regla de la proporcionalidad que es la que se tiene en cuenta para fijar la pensión de alimentos: la capacidad económica del obligado y las necesidades del beneficiario. En definitiva, que la posibilidad de computar el gasto de alojamiento a la pensión de alimentos

se puede deducir del artículo 142 del Código civil sin necesidad de previsión específica. En el supuesto de cotitularidad de la vivienda y ante la entrada en escena del conviviente o incluso nuevo cónyuge del usuario me parece lo más sensato entender que ya no se trata solamente del detrimento económico del no custodio que «mantiene», al menos por lo que a la habitación se refiere, a la nueva pareja de su excónyuge, sino que además esta situación genera situaciones de impotencia y conflicto que sí perjudican al menor directamente y que suponen un enriquecimiento injusto costado por el titular de la vivienda.

2. LA LIMITACIÓN TEMPORAL DE LA ATRIBUCIÓN, AUN EXISTIENDO MENORES

Se ha venido manteniendo la atribución indefinida como garante de la estabilidad del menor que no tiene otra opción que ver cómo uno de los progenitores sale del domicilio, pero que, a cambio, no va a encontrar alteración alguna en su lugar de residencia. Sin embargo, la limitación en el tiempo del uso sería, sin duda, una medida favorecedora de todos los intereses en juego. Y ello porque al contribuir a mantener un nivel económico de ambos progenitores, particularmente del que sale de la vivienda y debe sufragar los gastos de habitación en otro lugar además de la pensión de alimentos a los hijos y la compensatoria al cónyuge, en su caso, la consecuencia inmediata será la posibilidad de seguir abonando la obligación alimenticia sin pasar calamidades y eliminando la situación de asfixia económica que provoca, en muchos casos, que la medida tenga una duración ilimitada. Paradójicamente, como señala CABEZUELO ARENAS (2017, 334), con la excusa de que los padres han de ceder hasta el extremo para garantizar la estabilidad del menor, el interés del niño puede comprometerse gravemente.

En los casos de custodia compartida, cuando en la vivienda quedan los niños y son los padres los que se desplazan en los periodos de convivencia establecidos, no se cumple el presupuesto del artículo 96, al no encontrarse los hijos en compañía de uno solo de los progenitores, sino de los dos, por lo que viene aplicándose analógicamente el párrafo segundo del precepto, que regula el supuesto en el que existiendo varios hijos, unos quedan bajo la custodia de un progenitor, y otros bajo los del otro, y permite al juez valorar «lo procedente». Siendo la vivienda de titularidad privativa de uno de los excónyuges, el Tribunal Supremo analiza la viabilidad de la atribución temporal armonizando los dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos en los que el hijo permanece con él, y el del hijo a comunicarse con su madre en otra vivienda¹¹. Valorando ambos, ha determinado que en estos casos no cabe su atribución indefinida a la esposa e hija dado que al alternarse la custodia entre padre y madre la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de

ellos con exclusividad. En el caso concreto de la STS de 10 de enero de 2018, ponderado el interés más necesitado de protección se fija el período de dos años desde esta sentencia para facilitar la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales.

VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA

La realidad práctica ha demostrado que la regulación de la atribución del uso de la vivienda habitual en las situaciones de crisis matrimonial puede dar lugar, en ocasiones, a situaciones injustas, particularmente perjudiciales para el cónyuge no usuario.

Es lo habitual, a tenor de la regulación del artículo 96 del Código civil, que cuando existen hijos menores de edad, la atribución se realizará a favor del cónyuge en cuya compañía queden. Independientemente de la titularidad del inmueble, el carácter de vivienda habitual —o vivienda familiar— imprime un estatuto protector al domicilio que, sobre la base del interés del menor, como único criterio que tradicionalmente se ha valorado para realizar la atribución, no tiene en cuenta ni la capacidad económica de los intervinientes en el procedimiento ni las consecuencias patrimoniales de la aplicación directa e inexorable del artículo 96 del Código civil, cuyo contenido se demuestra incompleto e insuficiente para regular una realidad que no se corresponde —en muchas situaciones— con el espíritu de la norma.

Atribuido el uso de la vivienda al cónyuge custodio por sentencia de separación o divorcio y a los hijos menores de edad que quedan en su compañía, al margen de que sea o no propietario del inmueble, el Código civil no prevé ningún tipo de compensación económica para el titular que no disfruta de la vivienda y debe —por otros medios— sufragar los gastos de habitación en otra sede (generalmente mediante un contrato de arrendamiento), a lo que puede añadirse el abono de la cuota del préstamo garantizado con la hipoteca sobre la misma vivienda y suele hacerse cargo de los gastos de comunidad del inmueble. La situación —no cabe duda— es injusta. La regulación del Código considera irrelevante la capacidad económica del usuario al guardar silencio en este punto, por lo que la jurisprudencia no está condicionada por este criterio en orden a determinar el cónyuge beneficiario del uso.

El sistema actual, además, no prevé ninguna alteración del régimen general cuando el progenitor custodio convive con un tercero en la que fue vivienda familiar, sea conviviente de hecho o incluso nuevo consorte del adjudicatario, por lo que este tercero —ajeno al procedimiento— resulta beneficiario de facto sin haber sido designado como tal en la resolución judicial que atribuye el uso. Resulta por tanto usuario de una vivienda respecto de la que puede no participar en ningún gasto,

lo que no solamente —con toda evidencia— provoca un detrimento patrimonial en el no custodio, sino además una situación personalmente dolorosa que genera situaciones de impotencia y conflicto que sí perjudican al menor directamente y que suponen un enriquecimiento injusto costado por el titular de la vivienda.

En atención a la determinación de la atribución judicial del uso, los Tribunales han comenzado a valorar ciertas circunstancias que deberían cristalizar en una nueva regulación, tales como la señalada posibilidad de prever una compensación económica para el no custodio o la limitación temporal de la atribución incluso cuando existan hijos menores de edad. En contra del tradicional criterio de valorar únicamente el interés del menor y de entender que este se protege evitando el cambio de domicilio a toda costa, cuando a veces son otros los elementos de juicio que deberían tomarse en consideración, como procurar la estabilidad emocional del hijo mediante una adecuada relación entre sus progenitores, lo que se hace muy complicado cuando uno de ellos resulta perjudicado a todas luces personal y patrimonialmente.

En otros ordenamientos jurídicos cercanos al nuestro, como el francés, el uso de la vivienda habitual se contempla como el objeto de la pensión compensatoria al cónyuge (art. 274 Code civil). Igualmente, en España, el Código civil de Cataluña entiende que la atribución debe ponderarse como contribución en especie para la fijación de los alimentos de los hijos y de la prestación compensatoria que eventualmente devengue el otro cónyuge (art. 233-7), así como que sirva para entender cumplida la prestación alimenticia a favor de los hijos que convivan con el beneficiario, con lo que se supera así el carácter meramente asistencial o familiar de la medida y se le imprime un carácter patrimonial (art. 233-20.1).

Con estos precedentes se propone, por tanto, *de lege ferenda*, una modificación de la regulación recogida en el artículo 96 del Código civil que permita al juez tomar en consideración las circunstancias a las que se ha hecho referencia, atendiendo no solamente al interés del menor sino, subsumidos en este, la equiparación patrimonial de sus progenitores, lo que puede hacerse efectivo compensando económicamente al no custodio o limitando temporalmente la atribución del uso.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1997). *Curso de Derecho Civil*, tomo IV, Derecho de Familia, octava edición, Barcelona: José María Bosch Editor S.L.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1981). El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil, *RCDI*, n.º 547, noviembre-diciembre, 1373-1406.
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2018). La pérdida del carácter familiar de la vivienda en la que se había desarrollado la convivencia conyugal, *Revista Boliviana de Derecho* n.º 25, enero de 2018, 622 a 635.

- CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 2, 9 a 39.
- ESPIAU ESPIAU, S. (1992). *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). Comentario de los artículos 90 y 96 del Código civil. En Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, Artículos 42 a 107. Madrid: Edersa, 406 a 409.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1996). Modificación de convenio judicial en virtud de escritura pública otorgada por excónyuges renunciando al derecho de uso, *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, número 67, febrero-marzo.
- GONZÁLEZ PORRAS, J.M. (1987). *La Familia, el Derecho y la Libertad*. Córdoba: Cajasur.
- HERRERO GARCÍA, M.J. (1991). Comentario al artículo 1320. En: *Comentario del Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- JUANES PECES, A.-GALVÁN ARIAS, J.R. (1993). Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, *BCNR*. número 296, enero de 1993, 16 a 22.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1997) y otros autores, *Elementos de Derecho Civil*, IV, volumen 1.º, 4.ª edición. Barcelona: José María Bosch Editor, S.A.
- LÓPEZ-BREA MARTÍNEZ, C. (2010). El derecho de uso de la vivienda familiar en los supuestos de custodia compartida y tras la liquidación del patrimonio ganancial. En *El Derecho de familia ante la crisis económica. La liquidación de la sociedad de gananciales*. Asociación Española de Abogados de Familia. Madrid: Dykinson.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C. (2017). Análisis crítico de la regulación de la extinción del uso de la vivienda familiar. En: Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (coord.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Barcelona: Reus, 203-212.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. (2017). Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma, En *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*. Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (dir.) Barcelona: Reus.
- RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (1981). *Reflexiones y problemas prácticos inmobiliarios*, Jaen: Editorial Hesperia.
- (1982). Notas sobre la vivienda habitual de la familia (En turno de rectificación), en *RCDI*. n.º 553, noviembre-diciembre, 1599 a 1626.
- SERRANO CASTRO, F. (2010). *Vivienda familiar y cargas del Matrimonio*, Madrid: El Derecho.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. (2011). Repercusiones notariales y registrales del Derecho de familia. En: *Derecho de Familia. Procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Villagrasa Alcaide, C. (coord.), Barcelona: Bosch.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS

Audiencias provinciales

- SAP de Valladolid de 28 de junio de 1990. *AC* 1990-3, 142
- SAP Santa Cruz de Tenerife de 14 de julio de 1990. *AC* 1990-3, 154
- SAP Álava de 30 de marzo de 1995. *AC* 1995-3, 1399
- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 5 de mayo de 2000. *AC* 2000, 1127
- SAP de Madrid, de 29 de enero de 2003. *JUR* 2003, 84005
- SAP de Baleares de 5 de febrero de 2003. *AC* 2003, 317
- Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de febrero de 2003. *AC* 2003, 1280
- SAP de Córdoba de 30 de enero de 2006. *JUR* 2006, 141944
- SAP de Almería de 19 de marzo de 2007. *AC* 2007, 505
- SAP de Las Palmas, de 4 de junio de 2008. *JUR* 2008, 302719
- SAP de Madrid de 23 de octubre de 2014. *JUR* 2015, 38771
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 5 de julio de 2010. *JUR* 2010, 417614
- SAP de Madrid de 10 de julio de 2017. *JUR* 2017, 216669
- SAP de Alicante de 22 junio de 2018. *JUR* 2018, 317434

Tribunal Supremo

- STS de 11 de diciembre de 1992. *RAJ* 1992, 10136
- STS de 20 de mayo de 1993. *RAJ* 1993, 3807
- STS de 29 de abril de 1994. *RAJ* 1994, 2945
- STS de 14 de julio de 1994. *RAJ* 1994, 6439
- STS de 31 de diciembre de 1994. *RAJ* 1994, 10330
- STS de 16 de diciembre de 1996. *RAJ* 1996, 9020
- STS de 14 de enero de 2010. *RAJ* 2010, 2323
- STS de 18 de enero de 2010. *RAJ* 2010, 1274
- STS de 22 de noviembre de 2010. *RAJ* 2011, 936
- STS de 28 de marzo de 2011. *RAJ* 2011, 939
- STS de 9 de mayo de 2012. *RAJ* 2012, 5137
- STS de 15 de marzo de 2013. *RAJ* 2013, 2174
- STS de 19 de noviembre de 2013. *RAJ* 2013, 7447
- STS de 17 de junio de 2013. *RAJ* 2013, 4375
- STS de 3 de abril de 2014. *RAJ* 2014, 1950
- STS de 2 de junio de 2014. *RAJ* 2014, 2842

- STS de 16 de junio de 2014. *RAJ* 2014, 3073.
- STS de 15 de marzo de 2013. *RAJ* 2013, 2174.
- STS de 24 de octubre de 2014 *RAJ* 2014, 5180
- STS de 18 de mayo de 2015. *RAJ* 2015, 1919
- STS de 29 de mayo de 2015. *RAJ* 2015, 2273
- STS de 19 de enero de 2017. *RAJ* 2017, 924
- STS de 19 de enero de 2017. *RAJ* 2017, 754
- STS de 8 de marzo de 2017. *RAJ* 2017, 702
- STS de 22 de febrero de 2017. *RAJ* 2017, 1079
- STS de 10 enero de 2018. *RAJ* 2018, 74
- STS de 20 de noviembre de 2018. *RAJ* 2018, 5086

RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- Resolución de 27 de agosto de 2008. *BOE* de 16 de septiembre de 2008
- Resolución de 10 de octubre de 2008. *BOE* de 7 de noviembre de 2008
- Resolución de 14 de mayo de 2009. *BOE* de 13 de junio de 2009
- Resolución de 18 de noviembre de 2009. *BOE* de 8 de enero de 2010
- Resolución de 19 de julio de 2011. *BOE* de 28 de septiembre de 2011

NOTAS

¹ Puede verse un extenso recorrido por la jurisprudencia en esta materia en la obra de SERRANO CASTRO, F. (2010) *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid: El Derecho. Cita la sentencia de la AP de Barcelona, de 26 de febrero de 2003, que lo configura como un derecho oponible a terceros; la del TS de 14 de julio de 1994, que señala que el carácter de este derecho pugna entre lo personal y lo real; la de la AP de Madrid, de 29 de enero de 2003, que lo califica como derecho de ocupación de carácter absoluto y ejercitable «*erga omnes*»; la de la AP de Baleares de 5 de febrero de 2003, como un derecho real familiar de eficacia total; la del TS de 20 de mayo de 1993, que lo asimila a los derechos de uso y habitación, entre otras.

² A diferencia de lo que ha ocurrido en el Derecho catalán, en el que el artículo 83.3 del Código de Familia y el artículo 233-22 del proyecto de Libro II del Código civil catalán parece haberse decantado claramente por configurar el derecho de uso del cónyuge no propietario y de los hijos como un derecho de esta naturaleza.

Esta es la literalidad del fallo, que ahora hay que modificar respecto de la legislación catalana, teniendo en cuenta que la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, ha derogado la Ley 9/1998, del Código de Familia, que ha dejado de estar vigente el 1 de enero de 2011. Efectivamente, tal y como figuraba en el proyecto, el artículo 233-22 de la Ley 25/2010, bajo la rúbrica «Publicidad del derecho de uso de la vivienda», señala: «El derecho de uso de la vivienda familiar atribuido al cónyuge se puede inscribir o, si se ha atribuido como medida provisional, anotar preventivamente en el Registro de la Propiedad».

³ JUANES PECES, A.-GALVÁN ARIAS, J.R. (1993) Naturaleza jurídica de la atribución de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial, *BCNR*, número 296, enero de 1993, 16 a 22. Explica GARCÍA CANTERO, G. (1982) Comentario de los artículos 90 y 96 del Código

civil. En Albaladejo García, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, Tomo II, Artículos 42 a 107. Madrid: Edersa, 381 y sigs. y 406 y sigs. que el artículo 96 habla de vivienda familiar, que evita los problemas de interpretación del derogado artículo 68 del Código civil que se refería a la vivienda común. También se habla de vivienda habitual, como en el artículo 1320 del Código civil, lo que da al juez mayor discrecionalidad, para disponer el uso de una vivienda de la familia, aunque no sea la habitual (puede ser un piso desocupado, o la residencia de vacaciones).

Puede verse el estudio general de ESPIAU ESPIAU, S. (1992) *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

⁴ Atribuido el uso de la vivienda familiar al cónyuge en cuya compañía quedan los hijos, no pueden después los excónyuges, en escritura pública, modificar la atribución judicial del uso, renunciando o transigiendo respecto del derecho de uso, pues el derecho de uso no se atribuye, en realidad, a ninguno de los excónyuges, sino a los hijos cuya identidad debe recoger el convenio e indirectamente al cónyuge en cuya compañía queden. Solo cabe obtener la autorización judicial modificativa del convenio.

⁵ Respecto de la vivienda habitual de la pareja de hecho, la sentencia 19 abril 2006 del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 35 de Barcelona revoca la RDGRN de 18 de junio de 2004 que había señalado que no es exigible la manifestación de que la finca no es la vivienda de unión estable de pareja, ya que el principio de legalidad, al que está sometido el registrador en su calificación no soporta que puedan acceder al Registro actos dudosos, con las graves consecuencias que para la seguridad del tráfico y los derechos conllevaría.

⁶ Los días 1, 2 y 3 de marzo de 2011 se celebraron en la Ciudad Judicial de Barcelona las VII Jornadas de Jueces de Familia, de Incapacidades y de Tutelas, en las que participaron numerosos magistrados tanto de Juzgados de Primera Instancia como de las Audiencias Provinciales así como secretarios judiciales de todo el territorio nacional y con representación de la AEFA (Asociación Española de Abogados de Derecho de Familia). En uno de sus bloques temáticos, se ha debatido la «Atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar. Posibles soluciones prácticas. Necesaria reforma del artículo 96 del Código civil».

⁷ Véase un interesante comentario de esta línea jurisprudencial en la obra de SERRANO CASTRO, F. (2010) *Vivienda familiar y cargas del matrimonio*, Madrid: El Derecho, 45 y siguientes.

⁸ En este punto, es conveniente hacer referencia a una comentada sentencia, la del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2011, de la Sala de lo Civil (STS 1659/2011), de la que fue Ponente Encarnación ROCA TRÍAS y que resuelve el Recurso de Casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Valencia (sección 10.ª) contra la sentencia dictada el día 24 de septiembre de 2007, por la referida Audiencia, que a su vez resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia que había pronunciado el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Llíria, en el procedimiento de divorcio n.º 161/2006. Sienta la siguiente doctrina: «El pago de las cuotas correspondientes a la hipoteca contratada por ambos cónyuges para la adquisición de la propiedad del inmueble destinado a vivienda familiar constituye una deuda de la sociedad de gananciales y como tal, queda incluida en el artículo 1362, 2.º del Código civil y no constituye carga del matrimonio a los efectos de lo dispuesto en los artículos 90 y 91 del Código civil».

Por tanto, el pago de las cuotas hipotecarias afecta al aspecto patrimonial de las relaciones entre cónyuges, porque si el bien destinado a vivienda se ha adquirido vigente la sociedad de gananciales, debe aplicarse lo establecido en el artículo 1347.3 del Código civil, que declara la ganancialidad de los «bienes adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos», por lo que será de cargo de la sociedad, según dispone el artículo 1362, 2 del Código civil, «la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes». Se trata de una deuda de la sociedad de gananciales, porque se ha contraído por ambos cónyuges en su beneficio, ya que el bien adquirido y financiado con la hipoteca tendrá la naturaleza de bien ganancial y corresponderá a ambos cónyuges por mitad.

⁹ Es criterio jurisprudencial aceptado unánimemente que la atribución del derecho de uso, es una manifestación del principio de interés de los menores que no puede ser temporalmente limitado por el juzgador mientras aquellos sigan siéndolo, por cuanto el interés que protege el artículo 96 del Código civil no es la propiedad de los bienes, sino los derechos de los menores en situaciones de crisis.

¹⁰ «La mayoría de edad por los hijos da lugar a una nueva situación en la que debe estarse como interés más necesitado de protección, cuando las circunstancias lo aconsejen, al del cónyuge más necesitado de protección, pero por el tiempo que prudencialmente se fije». Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2017, 624/2011, de 5 de septiembre; 707/2013, de 11 de noviembre; 390/2017, de 20 de junio (todas están citadas en la SAP alicante de 22 de junio de 2018).

¹¹ En la sentencia de 24 de octubre de 2014 el Tribunal Supremo extendió la medida hasta los dos años contados desde la misma, entendiéndose este tiempo como suficiente para que la esposa rehiciera su situación económica y ello le permitiera acceder a una vivienda digna para atender a las necesidades del hijo durante los períodos de efectiva guarda.

*(Trabajo recibido el 27-3-19
y aceptado para su publicación el 27-5-2019)*

Reflexiones sobre el parentesco por afinidad en la sucesión intestada

Reflections the relationship because of affinity in the intested succession

por

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO
*Catedrático de Escuela Universitaria.
Derecho civil. Universidad de Valladolid.*

RESUMEN: Se plantea y reflexiona acerca de la importancia del parentesco en nuestro ordenamiento jurídico, en especial con relación al parentesco en la sucesión intestada. Nuestro Código civil se refiere a los parientes colaterales hasta el cuarto grado para el llamamiento intestado. Se parte de un parentesco por consanguinidad, pero al no distinguir expresamente y dada nuestra tendencia a equiparar muchas situaciones similares, considero que habría que replantearse el sistema tradicional desde la aprobación de la Constitución Española. Igualmente debe darse una unificación en las distintas disciplinas jurídicas que hablan de parentesco.

ABSTRACT: It raises and reflects on the importance of kinship in our legal system, especially in relation to kinship in the untested succession. Our Civil code refers to the collateral relatives up to the fourth grade for the unattended appeal. It is part of a kinship by consanguinity, but by not distinguishing expressly and given our tendency to equate many similar situations, I consider that the traditional system should be reconsidered since the adoption of the Spanish Constitution. There should also be a unifying in the different legal disciplines that speak of kinship.

PALABRAS CLAVE: Afinidad. Consanguinidad. Herencias. Igualdad. Parentesco. Sucesión intestada.

KEY WORDS: *Affinity. Consanguinity. Inheritance. Equality. Kinship. Un-tested succession.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. TIPOS DE PARENTESCO: 1. LA AFINIDAD ES UNA RELACIÓN BILATERAL.—III. TRATAMIENTO HISTÓRICO.—IV. REGULACIÓN CANÓNICA.—V. EVOLUCIÓN.—VI. EFECTOS.—VII. EL PARENTESCO POR AFINIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.—VIII. EN EL ÁMBITO FISCAL: 1. DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO ADMINISTRATIVOS. 2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES.—IX. ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Se me plantea la siguiente cuestión, una prima carnal sin herederos forzosos está atendida desde hace años por su primo y la mujer de su primo (parientes colaterales de 4.º grado) el primo consanguíneo fallece, su mujer sigue atendiendo a la prima, además, el hijo es el tutor legal de la prima, la prima antes del fallecimiento del primo es declarada incapaz, por lo que no realiza testamento. Resultando que fallece la prima sin testamento a favor del primo ¿tiene la mujer del primo algún derecho a heredar dado que es la mujer del primo (pariente 4.º grado) y no hay otros parientes de la fallecida?

En un principio parece la postura más racional, si no hay ningún heredero, dado que la mujer del primo y su hijo la han estado cuidando hasta su muerte y es considerada familia y la tratan como tal, la postura más correcta, lógica, acorde con el sentido amplio de familia, es entender que la mujer es pariente por afinidad de cuarto grado.

Si la ley habla de parientes colaterales hasta el cuarto grado, si la ley quiere evitar que los bienes queden vacantes, si el lazo de parentesco era claro y evidente, si siempre han cuidado a la prima, si el hijo era el tutor legal, está claro que hay una relación de convivencia de parentesco, la pregunta es ¿este grado de parentesco permite ser considerado con derechos hereditarios?

El tema me pareció curioso, ya que en la práctica estos casos apenas se dan, pero pueden plantearse. El derecho es justo, no es arbitrario, es racional, se adapta a las circunstancias del momento, va evolucionando, pero también puede tener lagunas o principios anclados en sus orígenes, por eso cuando se trata de resolver un caso hay que fijarse en la normativa escrita pero también en la realidad presente.

A simple vista acudiendo a la regulación legal, el Código civil se ocupa de las herencias, así como del parentesco. El procedimiento sería el siguiente, tendríamos que acudir a las reglas generales que dispone el Código civil, esto es al Libro III, capítulo III «De la sucesión intestada» y capítulo IV «Del orden de suceder según la diversidad de líneas», primo consanguíneo con derecho a herencia hasta el cuarto grado por colateralidad (arts. 943, 954 y 955 CC)¹, si el primo sobrevive no hay problema, tiene derecho a la herencia, por derecho hereditario por el principio del orden de suceder según la diversidad de líneas, ya que no hay parentesco más próximo y la ley permite este derecho a la herencia. Los parientes que sobreviven a la fallecida son la mujer (pariente por afinidad de cuarto grado, el mismo grado que el marido-primo premuerto) y un hijo de ambos que ha sido su tutor y es pariente consanguíneo de quinto grado.

Como señala LACRUZ² en todos los países civilizados se admite y regula la sucesión *mortis causa* fundamentada en:

1. Heredabilidad general de todos los bienes y derechos patrimoniales no personalísimos.
2. La consideración en su ordenación de la intervención de la voluntad del causante.
3. El llamamiento preferente de los familiares más próximos³.

El derecho de sucesiones surge vinculado a la transmisión de la propiedad y a la protección de la economía familiar.

La configuración de la delación intestada estará en relación a las circunstancias propias del momento histórico y social que resulte ser modélico en una época.

Podemos afirmar que la evolución del derecho sucesorio está íntimamente ligada a la evolución de la propiedad y de la familia. Igualmente hay que tener presente el artículo 3 1. del Código civil: *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*.

La tendencia en nuestro derecho es hacia una equiparación de derechos, así los hijos son todos iguales, el cónyuge se equipara a la pareja, por lo que el parentesco debe entenderse en sentido amplio, dado que un cónyuge elige a su pareja y decide unirse, esa unión, ese contrato, debe de producir efectos jurídicos, salvo casos de separación, nulidad o divorcio, no extinguiéndose el parentesco, por fallecimiento de uno de los cónyuges.

ALBALADEJO⁴ al hablar de la sucesión intestada indica «En nuestro Código el llamamiento a la sucesión intestada se basa en el parentesco (sea de sangre, sea adoptivo, que hoy se hallan absolutamente igualados), en el matrimonio, y a falta de todo pariente o cónyuge, en el vínculo de nacionalidad, de forma

que el Estado español es llamado a suceder a los españoles, que muertos sin testamento, carecen de aquellos».

LACRUZ⁵ al hablar de los sistemas de delación intestada manifiesta que se funda siempre en la relación familiar, el legislador dirige el nombramiento hacia los familiares, por razones de motivación de la solidaridad familiar y el deber de asistencia, como la de la presunción típica de afecto. Para ordenar la sucesión intestada se tiene en cuenta la preferencia entre clases, entre órdenes y entre grados de parentesco. A las clases se refiere el artículo 913 Código civil, vínculo con el causante bien por parientes, por matrimonio, o para impedir la vacante de las relaciones jurídicas relictas el Estado como sucesor especial.

II. TIPOS DE PARENTESCO

Es muy frecuente hablar de parentesco para indicar situaciones especiales entre las personas que reúnan esta unión. Hablo de unión porque con independencia del tipo de parentesco, este hace nacer un lazo, un vínculo de unión o conexión con determinadas personas. Lo más normal es con relación a la filiación. El vínculo descendiente para con hijo, o ascendiente que siempre existirá respecto a los padres, ya que filiación o matrimonio puede ser que no exista. No se puede hablar de parentesco sin hacer referencia a la familia.

CABALLERO GONZÁLEZ⁶ al hablar de parentesco expresa que denota un lazo entre personas determinadas por reglas sociales o leyes biológicas y con mayor precisión «puede decirse que expresa la relación existente entre personas que descienden unas de otras o que tienen un ascendiente común y también la que se da entre un cónyuge y los consanguíneos del otro. Surgen así los denominados parentescos por consanguinidad y por afinidad». Existe también el parentesco por adopción basado en un acto jurídico.

Los ordenamientos jurídicos distinguen tres clases de relaciones familiares, a ninguna de las cuales el Derecho dispensa un tratamiento unánime y pacífico:

a) la consanguinidad, parentesco de sangre, cuyos límites tienden a estrecharse. Vínculo existente entre personas que descienden unas de otra o que tienen un tronco común, distinguiendo entre parientes en línea recta y parientes colaterales, este se divide en parentesco de doble vínculo o de vínculo sencillo y también puede ser matrimonial o extramatrimonial⁷.

b) la afinidad, que nace del matrimonio y suscita posturas muy encontradas en relación no solo con sus límites y efectos, sino incluso acerca de su perdurabilidad. Es el que crea un vínculo entre un cónyuge y los parientes consanguíneos del otro. Y

c) la adopción, filiación ficticia creada por el Derecho, en la que las divergentes soluciones y la frecuencia de las reformas legales ponen de manifiesto la dificultad de cohesionar los diversos intereses y afectos en conflicto.

Otros autores como CORDERO CUTILLAS⁸ añaden el parentesco socio-afectivo, que surge de la relación entre personas, que, sin ser parientes se comportan entre ellos a modo y semejanza de los mismos, generados por la convivencia, como serían los allegados o tutores.

El parentesco como tal no constituye ninguna relación jurídica porque el derecho no lo regula orgánicamente como tal, como sí ocurre con la relación conyugal y paternofamiliar.

El Código civil sí regula el parentesco consanguíneo o carnal en los artículos 915 y siguientes, pero no hay regulación del parentesco por afinidad, sin perjuicio de que aparezca mencionado en diversas normas.

Afirma esta autora⁹ que desde la redacción original del Código civil la regulación general del parentesco se conecta con el orden sucesorio de los artículos 930 y siguientes haciendo referencia a la consanguinidad, añadiendo: «A raíz de la CE y las reformas operadas con posterioridad, con el pleno reconocimiento de la adopción, los lazos de sangre han perdido el valor que tenían, surgiendo otros, como la convivencia, con la misma intensidad, a través del vínculo jurídico de adopción».

El cómputo de parentesco está basado en los conceptos de grado y de línea y en general vale tanto para la consanguinidad como para la afinidad. El grado denota proximidad y se mide por el número de nacimientos que ligan a una persona con otra en la cadena de parientes. «Cada generación forma un grado» (art. 915 CC). Entre afines no hay grado en sentido propio si bien se aplica por analogía el mismo concepto.

La serie de grados forma la línea, que puede ser directa o colateral, tanto para el parentesco por consanguinidad como para el de afinidad por analogía y reciprocidad.

Al tratar de la afinidad como concepto jurídico lo primero que salta a la vista es la falta de acuerdo pleno sobre su misma denominación. En el Derecho positivo español y en la doctrina tradicional dominante se habla de «parentesco» de afinidad o por afinidad, parentesco «político» en el lenguaje usual; pero algunos autores prefieren el término «relación», reservando el de parentesco solo para el vínculo surgido de la consanguinidad o la filiación.

En el Derecho positivo español no se encuentra norma alguna que defina el parentesco de afinidad o por afinidad. A falta de una definición legal, el concepto parece, en una primera aproximación, ofrecer pocas dudas. La doctrina nos dice que la relación de afinidad es la que vincula a una persona con los parientes de sangre de su cónyuge (parientes «políticos»). El parentesco por afinidad comienza con el matrimonio de dos personas. Merece transcribirse, por su utilidad didác-

tica, el artículo 363 del Código civil argentino que expresamente se refiere al parentesco por afinidad: «La proximidad del parentesco por afinidad se cuenta por el número de grados en que cada uno de los cónyuges estuviese con sus parientes por consanguinidad. En la línea recta, sea descendente o ascendente, el yerno o nuera están recíprocamente con el suegro o suegra, en el mismo grado que el hijo o hija, respecto del padre o madre, y así en adelante. En la línea colateral, los cuñados o cuñadas entre sí están en el mismo grado que entre sí están los hermanos o hermanas. Si hubo un precedente matrimonio el padrastro o madrastra en relación a los entenados o entenadas [hijastro], están recíprocamente en el mismo grado en que el suegro o suegra en relación al yerno o nuera». El Código civil peruano (art. 237) establece que «el matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro».

Históricamente, y todavía ahora en muchos ordenamientos civiles (entre los que no se encuentra ya el español), la relevancia del parentesco o relación de afinidad deriva principalmente de su consideración como impedimento matrimonial, normalmente dispensable; y en algunos casos (en los que tampoco se encuentra el español, y si, por ejemplo, el francés y el italiano) como productor de la obligación de prestar alimentos. En nuestro Código civil el artículo 84 del texto de 1889 establecía —en lo que aquí interesa— que no pueden contraer matrimonio entre sí: los ascendientes y descendientes por consanguinidad o afinidad legítima o natural; los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado; y los colaterales por consanguinidad o afinidad natural hasta el segundo grado. Si bien todos los impedimentos por afinidad podían ser dispensados por el Gobierno, con justa causa.

Sin embargo, la trascendental reforma operada en el Derecho matrimonial español por la Ley de 7 de julio 1981 suprimió totalmente el impedimento de afinidad tanto en la línea recta (a diferencia de lo propuesto inicialmente en el Proyecto del Gobierno) como en la colateral, y sin diferencia entre el carácter matrimonial o extramatrimonial de la relación que genera la afinidad. (Cfr. art. 47 CC).

Siguiendo el trabajo realizado por OLAGÚBEL ÁLVAREZ-VALDÉS¹⁰, que toma como base la herencia de Doña María Diega DESAMAISIERES Y SEVILLANO, Condesa de la Vega del Pozo y Duquesa de Sevillano, considerada en su tiempo la mujer más rica de España, propietaria de notables edificios y extensas fincas en especial en las provincias de Madrid y Guadalajara, fallecida en 1916; a la que heredaron abintestato sus parientes en quinto grado, lo que le permite concluir en este trabajo que «el parentesco o relación de afinidad es una realidad social que tiene su reflejo en muchos lugares de nuestro ordenamiento jurídico. Se echa, de menos, sin embargo, una mayor concreción del propio concepto y sus límites. En particular, se hará necesaria la toma de posición respecto a la afinidad natural (parejas), no surgida del matrimonio. No

parece posible ni conveniente una solución unitaria, deberá ponderarse el interés jurídico protegido en cada caso».

En mi opinión, y dada la tendencia actual de nuestro ordenamiento jurídico, se tiende a la equiparación. Equiparación del cónyuge con el conviviente, equiparación de hijos sin distinguir legítimos o no, adoptivos o no. Es verdad que nuestro derecho civil estaba basado en una tradición romana y todo giraba en torno al *pater familias*. La familia puede ser muy larga, hay familias más unidas que otras, pero cada vez se va dando entrada a la voluntad, un contrato se firma si hay consentimiento, voluntad, y si hay algún defecto se subsana porque su voluntad es clara. Puedes estar más unido con un primo que con un hermano, depende de cada caso. Si tienes hijos pequeños tiendes a quedar con padres con hijos de esa edad, te relacionas con familiares, tienes sobrinos sin distinguir si son hijos de cuñados o de hermanos. Para tus hijos sus tíos son iguales, son tan tíos mis hermanos como la mujer de mi hermano, son tíos por igual. Puedes estar más unido con un familiar político que con un primo carnal. La relación diaria hace que la familia se amplíe más o menos, a veces, cuando hay un gran amigo, los niños pequeños le llaman coloquialmente tío, con esto quiero señalar que la tendencia es a hablar de un parentesco sin distinguir si es por afinidad o por consanguinidad. Si la ley tiende a contemplar más supuestos, a una igualdad de tratamientos el parentesco debe tener el mismo efecto. El artículo 9 de la CE precisa «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Esta igualdad la vemos en sentencias como la del Tribunal Supremo, sentencia de 24 de marzo de 2017, que ratifica su anterior fallo de 14 de julio de 2016, y establece la igualdad a efectos tributarios del Impuesto sobre Sucesiones, entre los familiares consanguíneos y los políticos, por afinidad matrimonial. De esta manera, el Alto Tribunal rebate la doctrina del Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que venía manteniendo que con la extinción del matrimonio concluía la relación familiar entre el cónyuge superviviente y los familiares del fallecido. El ponente, el magistrado MAURANDI GUILLÉN, establece que «donde la Ley no distingue no cabe distinguir», afirmación que sustenta en el razonamiento de que «es obvio que el legislador no ha querido que existieran diferencias entre los colaterales por consanguinidad y por afinidad, derogando las normas contrarias que han estado vigentes, reglamentariamente, hasta 1967». Históricamente, la norma general e imperante ha sido la de la subsistencia de la afinidad a pesar de la extinción del matrimonio que le dio origen, según el principio latino *ad finitas in cónyuge superstitite non deletur* (el parentesco por afinidad no cesa por viudedad).

Si como de todos es sabido existen tres tipos de parentesco y estos no se discuten, los efectos deben ser iguales para cualquier tipo de parentesco, es más, si el parentesco por adopción rompe el vínculo con la familia anterior

del adoptado, la fuerza de la voluntad es extraordinariamente soberana. En la familia por afinidad la voluntad debe ser también superior, tú eliges al cónyuge, te unes a él/ella y a su familia. A todas las reuniones familiares o eventos del matrimonio va junto, salvo casos especiales, la vida diaria se hace dentro de la familia, incluso hace años había matrimonios que se casaban y vivían con los padres, por lo tanto no debería haber tratamiento diferente en función de la clase de parentesco.

En la mayor parte de las legislaciones las líneas y grados del parentesco por afinidad se equiparan conceptualmente a los de la consanguinidad. A título de ejemplo, el Código civil italiano, en el ya citado artículo 78, dispone que «nella linea e nel grado in cui taluno è parente d'uno dei due coniugi, egli è affine dell'altro cónyuge». El Código portugués, en su artículo 1585 expresa que «a afinidade determina-se pelos mesmos graus e linhas que definem o parentesco»; y en el mismo sentido se expresa el citado artículo 1590 BGB. El Código del Perú (art. 237) establece que «cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguinidad».

En el Código civil la reforma efectuada por Ley de 13 de mayo de 1981 menciona junto a los parientes a los allegados, en el artículo 161, tras la modificación por ley 26/2015 de 28 de julio, en el artículo 160.2 se dice: «*No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados. En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados resolverá atendidas las circunstancias,...*» Y en el 161 se señala: «*La Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulará las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo,...*».

El Código civil en su artículo 108 establece que la filiación puede ser por naturaleza, ya sea vía matrimonial o extramatrimonial o por adopción. Mediante la institución jurídica de la adopción, una persona pasa a formar parte de una familia con los mismos derechos y obligaciones que el resto de los hijos naturales, rompiendo los vínculos jurídicos existentes con su familia natural.

1. LA AFINIDAD ES UNA RELACIÓN BILATERAL

La afinidad concierne a las dos personas unidas por tal nexo. Mis afines son tanto los hermanos de mi cónyuge como los cónyuges de mis hermanos. La bilateralidad o simetría se da entre los dos implicados en la afinidad.

Así lo consideraron las SSTS Social, de 18 de febrero de 1998 (Rec. 539/1997), y la de 27 de mayo de 1998 (Rec. 4572/1997) al interpretar el

entonces vigente artículo 37.3 b) ET. Ambas sentencias con fundamento *ratio decidendi* en el Digesto¹¹.

El artículo 93 Ley Concursal¹² sobre «créditos subordinados» dice que están especialmente relacionadas con el concursado persona natural, el cónyuge y la pareja de hecho inscrita o conviviente durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, y también los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado. Quedan sin mencionar en la letra de la ley, pese a la identidad de razón, otros afines como los ascendientes, descendientes y hermanos del cónyuge del concursado. La afinidad es una relación bilateral.

Es importante el elemento volitivo, el matrimonio se elige, los dos cónyuges deciden casarse y unirse, a partir de ese momento surgirán obligaciones y derechos para ambos, dado que han consentido es porque desean estar juntos y a la vez relacionarse y formar parte de las familias respectivas, a partir de ese momento la familia se amplía porque así lo han decidido, por eso creo que en la sucesión intestada se produce un llamamiento excluyente por proximidad, llamando en último lugar a los parientes colaterales sin distinción. La afinidad existirá siempre aunque uno de los cónyuges muera, salvo que se rompa el vínculo por separación o divorcio, prima la voluntad de los contrayentes.

III. TRATAMIENTO HISTÓRICO

Affinitas en latín se refiere a la proximidad de unas personas a otras, el lenguaje jurídico se utiliza para designar el lazo que vincula a un cónyuge con los parientes del otro; es decir, lo que se conoce habitualmente como «familia política», cuñado/a, cuyo parentesco se contrae con la conjunción del varón y la mujer¹³. Este parentesco se da entre el marido y los consanguíneos de la mujer e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del marido. El cómputo es en la misma línea y grado entre ellos (en la línea y en el grado en que uno es consanguíneo de uno de los cónyuges, es afín del otro cónyuge).

CORAZÓN¹⁴ en las sentencias de Paulo, recogidas en el Digesto, determinaba que el límite legal del parentesco llegaba hasta el séptimo grado¹⁵, con gran trascendencia en su aplicación efectuada por la iglesia en la Edad Media. «*En estos siete grados se contienen todos los nombres de los parientes; más allá de los cuales ni se puede encontrar afinidad, ni se puede propagar más la sucesión*» (Paulo, sentencias, Tit. II, Lib. IV, Int. 4, 10, 8).

«Paulo, reconociendo a la afinidad efectos jurídicos tanto para las herencias como para poder ser testigos, dispuso, y así ha quedado recogido en el Digesto, idéntica extensión tanto para deferir herencias como para eximir de la obligación de testificar.

En la Edad Media, el Concilio de Toledo II,a.527 determinó que no se podía contraer matrimonio por personas entre las que podía haber derecho

de sucesión; es decir, prohibió el matrimonio entre parientes hasta el séptimo grado, y esta disposición quedó recogida en el Decreto de Graciano: *Decretum*, c.35,q.8,c.2.

Estas normas conciliares tuvieron repercusión en la legislación civil, como se puede apreciar en la *Lex Romana Wisigothorum* y en el *Liber Iudiciorum*.

CORAZÓN¹⁶ afirma que desde comienzos del siglo IV la afinidad se computó hasta el primer grado de la línea colateral. Y, a partir de entonces, se fue extendiendo progresivamente hasta tal punto que a finales del siglo VII la afinidad llegó hasta el 7.º grado de la computación canónica, con igual extensión que la consanguinidad.

La sucesión en la tradición jurídica germánica estaba basada en vínculos de sangre con el causante, así se decía: los herederos nacen y no se hacen. La Sippe germánica es un círculo parental de vida económica y jurídica de una serie de individuos unidos por la sangre, posteriormente se da entrada a otras personas a través de un acto jurídico de otorgamiento de linaje. Se dice que todos los bienes son propiedad de la familia y deben seguir en ella.

En las Partidas predominó la influencia romana limitando el llamamiento a los colaterales al décimo grado.

La ley de Mostrencos (1835) llamaba a la sucesión intestada primero a los colaterales hasta el cuarto grado y luego a los colaterales desde el quinto al décimo grado y en última instancia al Estado.

El Código civil, en su redacción originaria, para la sucesión intestada se llamaba a los parientes colaterales hasta el sexto grado, pero en 1928 se llama solo a los parientes hasta el cuarto grado.

En mi opinión, dado que estamos hablando de suceder cuando no hay testamento o este es declarado ineficaz, lo que realmente se quiere es evitar que los bienes queden vacantes y siguiendo nuestra tradición, los bienes deberían quedar en la familia, siempre que se acredite de forma clara que son familia. Es verdad que la consanguinidad debe primar, el vínculo que une a un hermano de sangre o a un hijo o a un padre, es algo especial, pero fuera de este grado de parentesco, creo que no debe distinguirse entre parientes afines o por consanguinidad, la relación con sobrinos es en igualdad, no se quiere o está más unido con un sobrino si es hijo de tu hermano que de tu cuñado, el vínculo existe, pero el trato adquiere un carácter superior, y cuando hablamos de herederos intestados hasta el cuarto grado, el código no distingue, y nosotros no debemos distinguir, ya que a la hora del reparto y en el orden del llamamiento ya se ha efectuado la distinción, si hay hermanos ya no se llama a otros parientes. En el caso inicialmente descrito y consultado, la afectividad existe, no hay duda, el pariente cuida de su familiar y dado que no puede testar, la ley debe permitir heredar como pariente por afinidad que es.

IV. REGULACIÓN CANÓNICA

Nuestro Código de Derecho Canónico de 1983 sí habla del parentesco por afinidad, recogiénolo entre los impedimentos del matrimonio, acorde con la norma contenida en el *Corpus Iuris Civilis* (en el siglo VII en el ámbito del Derecho Canónico se prohibía el matrimonio con todos los consanguíneos del cónyuge), su canon 109 conceptúa: «La afinidad surge del matrimonio válido incluso no consumado, y se da entre el varón y los consanguíneos de la mujer, e igualmente entre la mujer y los consanguíneos del varón» y en un segundo párrafo precisa que «Se cuenta de manera que los consanguíneos del varón son en la misma línea y grados afines de la mujer, y viceversa». Canon 110: «Los hijos que han sido adoptados de conformidad con el Derecho civil, se consideran hijos de aquel o aquellos que los adoptaron».

El Derecho canónico se ha ido acercando cada vez más a la vida social y civil de cualquier persona.

Dado que hablamos del vínculo de afinidad por matrimonio, si los contrayentes se han casado por la iglesia está claro que en defecto de norma civil se acude al ordenamiento canónico para saber cómo se computa el parentesco por afinidad, resultando que los cónyuges son parientes afines y como se señala en normas administrativas, penales, fiscales... el matrimonio genera un vínculo extensible a los cónyuges y a sus familiares, así impedimentos de matrimonio (Derecho canónico), imposición de prohibiciones o exención de responsabilidad criminal en delitos patrimoniales, o de responsabilidad de encubridores (Código penal), causas de abstención o recusación (LOPJ), o en el Código civil como prohibición de ser testigos en testamento en su artículo 681, o para disponer a favor del notario autorizante o afines artículo 754, entre otros artículos.

El Codex proclama la ordenación del matrimonio al bien de los esposos. La alianza matrimonial se ordena por su propia índole natural al bien de los esposos. Si los cónyuges viven juntos y contribuyen conjuntamente al levantamiento de las cargas del matrimonio con independencia del régimen económico matrimonial que se les aplique, la voluntad juega pudiendo elegir el régimen económico matrimonial o incluso alterarle o modificarle (art. 1317 CC) o celebrar todo tipo de contratos entre sí (art. 1323 CC) o atribuir la condición de gananciales a un bien, de común acuerdo según el artículo 1355 del Código civil. Está claro, salvo voluntad en contra, que nuestro sistema civil está pensado para disfrutar de los bienes conjuntamente como se ve en el artículo 1318 o, como precisa el artículo 1319 estamos ante responsabilidad solidaria de los bienes comunes respecto a los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia. No conozco ningún caso en que subsistente el matrimonio un cónyuge sea rico y otro pobre, uno vaya de viaje y otro no, se podrán tener gustos diferentes y realizar actividades distintas pero mientras el matrimonio

existe los dos cónyuges viven en la misma casa y comen la misma comida, salvo dietas, alergias o similares. Con esto quiero decir que en vida «lo tuyo es mío y viceversa» si a uno le toca la lotería la disfrutan los dos, si le suben el sueldo las ganancias son para los dos, si compran un coche podrán disfrutar los dos del vehículo, y así podría continuar con muchas citas.

Artículos que ayudan a reafirmar esta postura son el artículo 637 Código civil en materia de donaciones, al disponer: «*Cuando la donación hubiere sido hecha a varias personas conjuntamente, se entenderá por partes iguales; y no se dará entre ellas el derecho de acrecer, si el donante no hubiese dispuesto otra cosa.*

Se exceptúan de esta disposición las donaciones hechas conjuntamente a ambos cónyuges, entre los cuales tendrá lugar aquel derecho, si el donante no hubiese dispuesto lo contrario.». Se permite la donación a favor de los cónyuges e incluso el derecho de acrecer entre ellos.

Artículo 1339 del Código civil. «*Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.*».

Artículo 1353 del Código civil. «*Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuera aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.*».

El trato a favor de los cónyuges es equitativo, proporcional sin distinción, salvo que así se indique expresamente.

V. EVOLUCIÓN

La profesora MATA SIERRA¹⁷ indica que como lo hace la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 (RJ 2003, 3773) debemos aclarar que fue el Código civil en su versión original, en sus artículos 915 y siguientes el que se ocupó de regular el parentesco al tratar de la sucesión intestada; estos preceptos solo contemplaron el parentesco natural o consanguíneo y solo, también, la filiación legítima o natural, entendida esta última como la derivada de padres que podían contraer matrimonio entre sí en el momento de la concepción, sin tener en cuenta el parentesco por afinidad ni el parentesco civil derivado de la adopción pues, en el orden sucesorio y a efectos legales, solo tomaban en consideración el parentesco fundado en la comunidad de sangre, con diferencias, dentro de la misma, entre el parentesco legítimo y el natural. Con posterioridad a esta regulación inicial la doctrina fue admitiendo otras modalidades de parentesco, lo que ha motivado que, progresivamente, se hable del parentesco natural (inmediato, por consanguinidad, y mediato, por afinidad y cuasiafinidad), del parentesco civil (por adopción) y del parentesco religioso

(por cognición espiritual por el bautismo: padrino y bautizado), quedando reducida la relación entre cónyuges (fuera del parentesco *stricto sensu*) como un vínculo esencial *sui generis*.

Añade esta profesora: en concreto, la evolución del parentesco en las normas civiles ha superado el limitado concepto de parentesco consanguíneo, mediante una serie de actuaciones:

- a) La supresión de la distinción entre filiación legítima e ilegítima natural y no natural (a partir de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que equiparó todas las filiaciones por naturaleza), dando un giro muy importante en el tratamiento, puesto que se establecía claras distinciones según los hijos.
- b) La admisión del parentesco por adopción (en las Leyes de 1958, 1970 y 1981).
- c) El acercamiento de la afinidad a la consanguinidad.
- d) El reconocimiento creciente de las relaciones derivadas de las uniones de hecho *more uxorio*.

Con independencia de las posibles actuaciones de las comunidades autónomas, opina que sea el legislador estatal –por su carácter general y aplicable en todo el ámbito nacional– el que modifique la norma actual para hacer un único grupo de parientes a los que beneficie la reducción que deberá llegar hasta los colaterales de tercer grado inclusive, con independencia de que existan o no parientes más cercanos al causante. Dar un salto más y aplicar este tipo de beneficios a parientes menos allegados e incluso a extraños, en lo que supone de renuncia a determinados ingresos de los que disponen estos Entes regionales, si nos parece que debe ser una decisión de las distintas comunidades autónomas. Es más, aunque esta profesora trata la equiparación de parientes en el ámbito fiscal, no es racional que exista una diferenciación de parentesco según la disciplina jurídica a aplicar. Es deseable que se dicten y sienten unas directrices uniformes para el parentesco en general. Evidentemente en el ámbito matrimonial para casarse debe haber unos impedimentos, en materia de incompatibilidades, como tratos de favor, oposiciones o similares debe haber un control, pero donde más se plantea esta cuestión es en materia fiscal a la hora de pagar impuestos, y la reducción debe aplicarse entre parientes con independencia de parientes consanguíneos o afines, bien por sucesión testada o intestada, pero es evidente que se quiere que los bienes permanezcan en la familia, por eso el tratamiento debe ser en sentido amplio, sin recortes, donde la ley no distingue no se debe distinguir.

En el Código civil catalán se habla de «trato familia», en su artículo 443-5 dispone: «Los derechos sucesorios regulados por los artículos 443-2 a 443-4 quedan excluidos si se acredita que el causante y el sucesor no han mantenido el trato familiar».

Por lo que se ve la tendencia es a buscar una familia amplia donde prime la convivencia y no los vínculos de sangre.

Al analizar la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3773) se citan varias normas fiscales:

En el artículo 6 de la Ley 19/2010, de 7 de junio de regulación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en Cataluña se establecen los siguientes supuestos de aplicación en la reducción por la adquisición de bienes y derechos afectos a una actividad económica:

«1. En las adquisiciones por causa de muerte que correspondan al cónyuge, a los descendientes, a los ascendientes o a los colaterales hasta el tercer grado del causante, tanto por consanguinidad o adopción como por afinidad, puede aplicarse a la base imponible una reducción del 95 % del valor neto de los elementos patrimoniales afectos a una actividad empresarial o profesional del causante».

Al hablar de la ley del impuesto de sucesiones y donaciones estatal y la ley del patrimonio pudiendo tener origen el parentesco, aclara el propio legislador, en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

Ley 11/2002, de 23 de diciembre de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat Valenciana al punto 4 del apartado dos del artículo diez de la Ley 13/1997, de 23 de diciembre, de la Generalitat Valenciana, por la que se regula el tramo autonómico del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y Restantes Tributos Cedidos, se exige, expresamente en la letra b) «Que la participación del causante en el capital de la entidad sea, al menos, del 5% de forma individual, o del 20 % de forma conjunta con sus ascendientes, descendientes, cónyuge o colaterales hasta el segundo grado, ya tenga el parentesco su origen en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción».

De esta forma, en el caso de Castilla y León, el legislador autonómico, en la reducción autonómica propia del 99 por 100 aplicable a este tipo de supuestos, establece que la participación del causante en el capital de la entidad debe ser, como en el caso estatal, al menos igual al 5 por 100, añadiendo la posibilidad de que sea del 20 por 100 de forma conjunta con el cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales hasta el cuarto grado de parentesco, ya sea este por consanguinidad, afinidad o adopción.

Esta misma opción se ha utilizado por la Comunidad Autónoma de La Rioja de acuerdo con el artículo 23 de la Ley General Tributaria de 1963, entonces vigente, las normas tributarias deben interpretarse con arreglo a los criterios admitidos en derecho, y que, por tal motivo debe partirse de las reglas sobre el parentesco por consanguinidad para el parentesco por afinidad, ya que «donde la Ley no distingue, no cabe distinguir»; de esta manera, y

teniendo en cuenta el artículo 3 del Código civil 27, el primer criterio interpretativo es el del sentido propio de las palabras, y si el artículo 4.8.2c) de la Ley del Impuesto sobre el Patrimonio habla de cónyuge, ascendiente, descendiente o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad o en la afinidad, lo cuál ha sido respaldado por algún pronunciamiento jurisprudencial.

De esta forma los recurrentes consideran que si el artículo 4.8.2c) del Impuesto sobre el Patrimonio, ya mencionado, no distingue entre afinidad y consanguinidad, lo que les hace interpretar que se están equiparando los distintos tipos de parentesco, y que así como no se extingue el parentesco por consanguinidad por causa de muerte, también ocurrirá lo mismo con el parentesco por afinidad.

VI. EFECTOS

Podemos ver distintos efectos del parentesco en el ámbito familiar

- a) Impedimentos matrimoniales, principalmente en el derecho canónico.
- b) Instituciones de guarda, para ello se tiene en cuenta la relación de parentesco entre tutor y tutelado. Además la tutela se constituye por el juez y la ley, en el artículo 231 Código civil establece la audiencia de los parientes más próximos.

En otras zonas geográficas como Aragón se habla de junta de parientes y expresamente se menciona parientes consanguíneos¹⁸.

En Cataluña los artículos 431 y sigs. (Sección 2.^a: los heredamientos) al hablar de los pactos sucesorios permiten que se otorguen por parientes en línea directa sin limitación de grado, o en línea colateral dentro del cuarto grado, en ambos casos tanto por consanguinidad como por afinidad. Sin embargo en la sucesión intestada su artículo 441-2 llama a los parientes por consanguinidad y por adopción¹⁹. Se equiparan en su artículo 443-1 al hablar de sucesión en caso de adopción²⁰.

Interesa la referencia en el Derecho de sucesiones.

El fallecimiento de una persona produce la sucesión o subrogación de otra u otras en los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de que era sujeto.

En el caso de la sucesión legal la vocación tiene su origen en el parentesco. Se trata de buscar la voluntad presunta del causante.

La sucesión intestada es un llamamiento de tipo subjetivo familiar, los destinatarios del mismo son las personas unidas por vínculos de parentesco o matrimonio prioritariamente y solo a falta de ellas se produce el llamamiento a favor del Estado, esta sucesión se considera familiar. NÚÑEZ NÚÑEZ²¹ jus-

tífica la sucesión intestada por la necesidad de que, a su muerte, toda persona tenga sucesor, ya que la falta de este ocasionaría un caos en el desarrollo de la vida cotidiana²².

Muchos autores consideran que el llamamiento genérico en beneficio de los parientes es evitar que la herencia vaya al Estado. Cuando se llama a los colaterales se aglutina a todos los parientes que estén dentro del cuarto grado sin importarle para nada la procedencia de los mismos, su línea, etc., diríamos que es un llamamiento último a los parientes antes de que la sucesión se la lleve el Estado.

Artículo 913 del Código civil: «*A falta de herederos testamentarios, la ley defiere a los parientes del difunto, al viudo o viuda y al Estado*».

Se habla de parientes sin más. VATTIER FUENZALIDA²³ entiende que no existe texto legal expreso que excluya dicho parentesco, mientras que la mayor parte de los efectos no patrimoniales y patrimoniales del parentesco se predicen conjuntamente tanto para el cónyuge como para los parientes, si atendemos al contenido sustancial de sus efectos y a las convicciones imperantes en la sociedad, entre cónyuges hay, además del vínculo matrimonial con todas sus consecuencias, un vínculo de parentesco o, al menos, un vínculo asimilable al mismo.

NÚÑEZ NÚÑEZ²⁴ al referirse al artículo 913, expresa que el parentesco desempeña un gran papel en la sucesión intestada, expresando que «los cónyuges es posible que no sean parientes en el sentido estricto del término, pero son llamados por la ley para suceder al difunto en distintos y variados supuestos, por el vínculo de familia que el matrimonio ha creado entre ellos. No son parientes, pero sí son familiares».

Continúa esta autora «el patrimonio relicto de toda persona fallecida *abintestato* ha de tener un sucesor, es presumible que el testador hubiera deseado que sus parientes se beneficiaran de su herencia, antes de ser llamado el Estado. Si el fundamento básico de la sucesión intestada hunde sus raíces en la necesidad de determinar un destino sucesorio a los bienes relictos, la organización y correspondiente distribución de la herencia ha de responder a las circunstancias que socialmente concurren en cada momento, lo que obliga al legislador a cambiar, cuando proceda, el orden de los llamamientos intestados al variar las circunstancias sociales, económicas o políticas. Este criterio es acorde con el contenido de la norma interpretativa prevista en el artículo 3.1 Código civil pues las leyes deben ser oportunas y necesitan atemperarse a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. El Código civil catalán tiene en cuenta el trato sucesorio a los efectos de derechos hereditarios.

VII. EL PARENTESCO POR AFINIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Nos resume claramente LUZÓN²⁵ el parentesco por afinidad, que es tenido en cuenta en diversas disposiciones legales:

1. El Código civil, que ni en su primitiva redacción ni en la actualidad contiene concepto o definición de la misma, se refiere a ella en los artículos 681, 682 y 754, referentes a la capacidad para ser testigo o beneficiario en un testamento, habiéndose prescindido, por Ley 30/1981, de 7 de julio de modificación de la regulación del matrimonio del impedimento para contraer matrimonio entre sí respecto a los ascendientes y descendientes por afinidad legítima o natural, los colaterales por afinidad legítima hasta el cuarto grado y por afinidad natural hasta el segundo, impedimento que en similar extensión recogía la Ley de Matrimonio Civil de 1870, como también se contenía en las Partidas (Ley 5, Título 6, Partida 4, que incluía su concepto).

Añade MARTÍNEZ que desde su supresión como impedimento dispensable para contraer matrimonio por Ley 11/1981, previsto en los anteriores artículos 84 y 85, las referencias en el Código civil a la afinidad son escasas pero las hay. El artículo 175.3.2.º prohíbe adoptar a parientes de segundo grado colateral por consanguinidad o afinidad, el artículo 176.2.1.ª exime de la propuesta de la entidad cuando el adoptado sea huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad; los artículos 681.5.º, 682.1 la tienen en cuenta para establecer incompatibilidades para ser testigo en los testamentos y el artículo 754.1 prohíbe disponer a favor de afines dentro del cuarto grado del notario autorizante²⁶.

La cuestión que aquí debato tiene que ver en el ámbito civil en cuestión hereditaria, y en concreto en sucesión intestada, que es donde se plantea la injusticia manifiesta, dado que el Código civil no distingue en la herencia, orden de llamamiento, hasta el cuarto grado, sin distinguir parientes, pero sobreentendiendo que solo son herederos legales los parientes de sangre. Si también se permite para los adoptados y para el cónyuge no logro entender porque no se puede llamar a la herencia a los parientes colaterales sin distinción, dado que el llamamiento es escalonado y preferente, los derechos no deben restringirse y recortarse, principalmente cuando en línea de cuarto grado esta distinción no tiene mucho sentido y dado que se quiere evitar que los bienes queden vacantes hay que permitir esta sucesión o llamamiento de parientes. Los cónyuges no son parientes en el sentido estricto del término, pero son llamados por ley para suceder al difunto por el vínculo de familia que el matrimonio ha creado entre ellos. No son parientes pero sí son familiares.

Sin embargo, en otros ámbitos como el penal, laboral, administrativo y especialmente el tributario, la afinidad está muy presente, tanto en normas es-

critas como en la jurisprudencia, siendo una materia en torno a la cual se da bastante litigiosidad.

2. En el Código Penal de 1995 son numerosos los artículos en que es tenida en cuenta la afinidad: 57, imposición de la pena prevista en el artículo 48.2 y posible imposición de prohibiciones; 153, menoscabo psíquico o lesión no definidos como delito; 173, violencia física o psíquica; 180.4.^a, agresión sexual; 182.2, abusos sexuales; 268, exención de responsabilidad criminal en delitos patrimoniales; 424, cohecho; 443 y 444, acoso sexual de funcionario público; 454, exención de responsabilidad de encubridores.

3. En la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 219, entre las causas de abstención y, en su caso, de recusación.

4. En el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre, modificada por Ley 14/2003, de 26 de junio), artículo 58.2 y 4, sobre prohibiciones, «parientes, dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad».

5. En el Estatuto General de la Abogacía (RD 658/2001, de 22 de junio), en el artículo 27, respecto a incompatibilidades, y en el Estatuto General de los Procuradores (RD 1281/2002, de 5 de diciembre), en el artículo 27, en cuanto a causas de abstención, aquí se distingue «o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad».

6. Estatuto del Trabajador habla de parientes hasta segundo grado ya lo sean por consanguinidad por afinidad o por adopción²⁷.

7. Ley de Arrendamientos Rústicos, artículo 22: 5. «No procederán los derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente en los casos siguientes:

a) En las transmisiones a título gratuito cuando el adquirente sea descendiente o ascendiente del transmitente, pariente hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o su cónyuge».

8. En el Derecho Canónico el parentesco por afinidad alcanza una especial trascendencia, en cuanto, ya tempranamente, lo recogió entre los impedimentos del matrimonio, acorde con la norma contenida en el *Corpus Iuris Civilis*, que consideraba ilícito el matrimonio de «los afines con su hijastra, madrastra, nuera, suegra ni con las demás personas con quienes está prohibido por el antiguo Derecho». Así, prohibido en el siglo VII en el ámbito canónico el matrimonio con todos los consanguíneos del cónyuge, llegó posteriormente a ampliarse la prohibición comprendiendo en la afinidad la derivada de la mera cópula extramatrimonial.

En cualquier caso, las normas que se van dictando tienen en cuenta el parentesco, equiparando la consanguinidad con la afinidad, como vemos, entre otros, en el artículo 1.2.6 Ley 1/2013, considera de especial vulnerabilidad a efectos de la suspensión del lanzamiento de la vivienda habitual la «unidad familiar con la que convivan, en la misma vivienda, una o más personas que estén unidas con el titular de la hipoteca o su cónyuge por vínculo de parentesco hasta el

tercer grado de consanguinidad o afinidad, en situación personal de discapacidad, dependencia, enfermedad grave, que les incapacite acreditadamente de forma temporal o permanente para realizar una actividad laboral».

El artículo 102 RH no permite a los registradores calificar documentos de afines dentro del segundo grado o sus representantes o clientes.

El artículo 28.2 b) Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, prevé la abstención para las autoridades y personal al servicio de las Administraciones en los procedimientos si tienen parentesco de afinidad dentro del segundo grado con cualquiera de los interesados, asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento.

Cuando jueces y tribunales se enfrentan a la interpretación de la afinidad, incluidos TS y TC, fundamentan sus fallos en bastantes ocasiones en las Partidas o el Digesto, o bien consideran que el régimen jurídico de la afinidad es algo que ha de darse «por sabido», o citan jurisprudencia anterior del mismo o de otros ámbitos jurídicos que no siempre tienen identidad de razón. El resultado es que existen resoluciones contradictorias y una notable inseguridad jurídica. En particular, el ámbito tributario está siendo campo de batalla para estas contiendas desde hace años cuando se trata de aplicar las reducciones y exenciones por parentesco en determinados impuestos, como el de Sucesiones y Donaciones o el de Patrimonio.

Una cosa es la decisión sobre si ha de aplicarse o no y en qué cuantía determinada reducción fiscal y a qué grupos y grados de parientes y afines, o ampliar las exenciones fiscales a nuevos parientes pero otra bien distinta es establecer si determinadas personas son entre sí parientes y afines, o qué sistema de cómputo de grado se ha de utilizar para conocer su proximidad o cuando se extingue. Estas constituyen materia de Derecho civil, al igual que el parentesco por consanguinidad, son de índole personal y familiar del individuo y afectan a su estado civil al determinar el *status familiae*²⁸.

A esta situación es posible que esté contribuyendo la falta de norma escrita que contenga el régimen jurídico de la afinidad²⁹, ya que la afinidad no fue objeto de regulación en nuestro Código civil, a diferencia del parentesco por consanguinidad, pero eso no quiere decir que deba darse un trato discriminatorio. Contrariamente, en otros derechos extranjeros no es así y, la regulan con mayor o menor intensidad, en su respectivo Código civil. Es el caso del artículo 1590 del BGB, el artículo 78 del Código civil italiano, o el 1584 del Código civil portugués. Los hay con mayores determinaciones como el artículo 21 del Código civil suizo que considera que nace en virtud de relación de pareja estable y no solo por matrimonio. El Código civil japonés, donde los afines en línea recta no pueden contraer matrimonio ni después de cesar la relación de parentesco y están obligados sin distinción de líneas a prestarse ayuda mutua si viven bajo el mismo techo, regula la afinidad muy cuidadosamente, incluidas las consecuencias

de la disolución del matrimonio por divorcio y no solo por muerte de alguno de los cónyuges.

Finalmente, no es oportuno que las comunidades autónomas con Derecho civil foral o especial lo incluyan en sus respectivos códigos o leyes civiles, se consideren o no competentes en razón del artículo 149.1.8.^a CE. Se ha dicho que la regulación de los vínculos de parentesco es competencia exclusiva del Estado por incardinarse en las materias «relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas», reservadas al legislador estatal y debe asimismo tenerse en cuenta el artículo 149.1.1.^o CE que garantiza las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales.

VIII. EN EL ÁMBITO FISCAL

Merece un tratamiento específico el aspecto fiscal, ya que han sido varias las cuestiones planteadas al respecto, principalmente en el Impuesto de Sucesiones se ha discutido la subsistencia del parentesco por afinidad en caso de que el cónyuge consanguíneo haya fallecido, han sido varias las resoluciones emitidas, pero la tendencia reciente es a ofrecer un trato favorable al parentesco dadas las numerosas quejas presentadas y ganadas por los particulares afectados, lo que ha obligado al Estado a sentar un criterio más equitativo.

El criterio que ha terminado por preponderar en nuestra jurisprudencia³⁰ es el de que el parentesco por afinidad no se extingue por el fallecimiento de la persona que proporciona el vínculo con el resto del grupo familiar. Aunque haya fallecido la persona que era el nexo, siguen siendo aplicables las reducciones previstas en la Ley para las personas unidas por dicha relación de parentesco. Este criterio ha sido confirmado por la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2016, en el recurso de casación para unificación doctrina 3316/2015.

Por tanto, el hijo o hija carnal del cónyuge fallecido del causante sigue estando incluida en la expresión genérica de «descendientes por afinidad» del Grupo III del artículo 20, con la trascendencia tanto a efectos de reducciones en base (art. 20) como coeficientes aplicables en cuota (art. 22).

En nuestro Derecho vigente se pronuncia en el mismo sentido el artículo 133-4.2 del Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre del Gobierno de Aragón, modificado por artículo 12.7 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas: «A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexo, salvo que hubiere segundas nupcias». Lo que es tanto como decir, de una parte, que la afinidad

cesa en caso de divorcio, y de otra parte que el hecho de las segundas nupcias del viudo constituye, para el Derecho, indicio suficiente de la desaparición o el debilitamiento de los vínculos afectivos que, mientras subsisten, justifican un tratamiento fiscal favorable al afín.

La Ley 29/1987 del impuesto de sucesiones y donaciones en su artículo 20 contiene reglas para determinar la base liquidable y establece una reducción de la base imponible de cuantía variable según el grado de parentesco entre el causante y el beneficiario, dependiendo del grupo en que se encuadren.

Señala MATA³¹ la evolución del parentesco en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, desde la perspectiva de la afinidad, sería como sigue:

1. Etapa de 1927 a 1945

El artículo 54 del Reglamento para la aplicación de la Ley de los Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes (TR de 28 de febrero de 1927), «los parientes por afinidad se consideran extraños para los efectos del Impuesto». En la Tarifa aprobada por el Real Decreto 417/1927 no se hacía tampoco referencia alguna al parentesco por afinidad. Todos los Reglamentos hasta el año 1967 se cuidaron de aclarar que la mención de colaterales y, también, de ascendientes y descendientes se refiere, en todo caso, al parentesco por consanguinidad (y no al de afinidad), especificando como una «fictio iuris», que los parientes por afinidad se consideran extraños.

2. Etapa de 1945 a 1964

La Ley de 17 de marzo de 1945, de reforma de los Impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes, admitió, por primera vez, el parentesco por afinidad, en la Tarifa del Impuesto, contemplando el parentesco entre ascendientes y descendientes por afinidad expresando, en la Exposición de Motivos, que dicho parentesco produce efectos importantes en el campo del derecho común. El TR de 7 de noviembre de 1947 no contiene norma alguna relativa al parentesco, limitándose a regular la Tarifa, en cuyo número 34 se incluye a los ascendientes y descendientes por afinidad, quedando el Reglamento encargado de concretar los aspectos generales relativos a la aplicación e interpretación del parentesco reproduciendo, en su artículo 54, las normas sobre parentesco de anteriores Reglamentos, con la sola salvedad de excluir a los ascendientes y descendientes por afinidad de la consideración de extraños. Por su parte, el TR de 1958, el Reglamento de 1959 y posterior TR de 1967 tampoco producen ningún cambio en esta situación de forma que en esta etapa, 1.º) los grados de parentesco referidos en la Tarifa son, en principio, de consanguinidad, con la

salvedad de los ascendientes y descendientes por afinidad; 2.º) los demás parientes por afinidad se reputan extraños y, 3.º) la Tarifa sigue contemplando, en su número 38, los colaterales de grados más distantes del cuarto y las personas que no tengan parentesco con el testador, que son los extraños. Por tanto, si los colaterales son solo consanguíneos, los colaterales por afinidad no están contemplados en la Tarifa, pues, por definición, no son extraños (a pesar de que el artículo 54 del Reglamento de 1947 los asimila, por una «fictio iuris», con los mismos, es decir, con los extraños).

3. Etapa de 1964 a 1987

La Ley 41/1964, de 11 de junio de Reforma del Sistema Tributario, tampoco reguló la aplicación de las diversas modalidades y grados de parentesco, declarando vigente, el Reglamento de 1959. El TR de la Ley y Tarifas de los Impuestos generales sobre sucesiones y sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados de 1967 en su artículo 30, indica que los grados de parentesco son todos de consanguinidad, salvo los previstos en el número 3 de la Tarifa (ascendientes y descendientes por afinidad) lo que supone que en esta etapa: 1.º) el parentesco entre ascendientes y descendientes, así como entre colaterales, comprende, genéricamente, tanto a los consanguíneos como a los afines; 2.º), para evitar la anterior asimilación, el artículo 30 mencionado especifica que los grados de parentesco son todos de consanguinidad, salvo las excepciones que se contemplan en la Tarifa, que son: los adoptantes y adoptados plenamente, los hijos del anterior matrimonio y del cónyuge del padre o madre de aquellos —hijos con su madrastra o padrastro—, los hijos naturales reconocidos y el cónyuge del padre o madre de aquellos —hijos naturales con su madrastra o padrastro—, y los ascendientes y descendientes por afinidad; y, 3.º) el artículo 30 mencionado no reproduce el artículo 54.2 del Reglamento de 1959, que disponía que «los parientes por afinidad se considerarán extraños a los efectos del Impuesto», evitando la anterior «fictio iuris» que contemplaba la Ley.

4. Última Etapa

La Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre sucesiones y donaciones estructura la tarifa en función de tres variables: a) el grado de parentesco, que determina una reducción distinta, según sea el mismo, y que se configura en los cuatro grupos del artículo 20; b) la cuantía de la base liquidable, que lleva consigo la aplicación de tipos según la escala progresiva, por tramos, del artículo 21; y, c) la cuantía del patrimonio del heredero, legatario y donatario, que implica la aplicación de determinados coeficientes

multiplicadores, previstos en el artículo 22. Además deroga el apartado 2 del artículo 30 del TR de 1967, que disponía, según se ha dejado expuesto que «los grados de parentesco a que se refiere la Tarifa son todos de consanguinidad» y no establece ninguna «fictio iuris» que asimile a los colaterales por afinidad con los extraños. Tampoco añade nada el Reglamento del Impuesto de 1991.

Yo añadiría la etapa más reciente, esto es:

5. Etapa actual

En sentencia del Tribunal Supremo de 28/11/2017, n.º 1842/2017, para unificación de doctrina, se reitera y deja muy claro que los cuñados y tíos y sobrinos políticos deben tributar por el impuesto de sucesiones y donaciones como los hermanos y tíos y sobrinos carnales, INCLUSO cuando se haya extinguido el vínculo matrimonial del que surge el parentesco por afinidad. Es decir, que si el Sr. X deja herencia a una sobrina política, esta podrá tributar como tal (y no como una extraña) incluso si ha fallecido antes la esposa del Sr. X.

La Dirección General de Tributos emitió un Informe de 27 de septiembre de 2011 cambiando el criterio mantenido hasta entonces y considerando que las transmisiones (herencias o donaciones) a favor de cuñados, tíos y sobrinos políticos debían tributar como Grupo III, igual que esos mismos parientes por consanguinidad. Con ello, la DGT acató el criterio jurisprudencial manifestado por el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de marzo de 2003 y consolidado mediante sentencia de 14 de julio de 2011.

Posteriormente el Tribunal Económico Administrativo Central, mediante resolución de 8 de julio de 2014 (07760/2012/00/00), reiteró su criterio de que a efectos del Impuesto sobre Sucesiones «la relación de afinidad se mantiene aún después del fallecimiento del cónyuge que originó dicha relación». Añade el TEAC que «este criterio ya fue expuesto en resolución de 3 de diciembre de 2013 de este Tribunal Central y ha sido confirmado por la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2014». Es importante destacar que al ser criterio reiterado del TEAC vincula a la Administración Tributaria de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239.7 de la Ley General Tributaria.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Supremo citada al principio, de 28/11/2017, n.º 1842/2017, viene a reiterar esa doctrina, insistiendo en que colaterales de 2.º y 3.º grado por afinidad deben tributar incluidos en el Grupo III incluso cuando haya fallecido la persona que servía de vínculo entre el causante y el pariente por afinidad.

El notario Luis PRADOS RAMOS³² se ocupa del parentesco por afinidad.

Señala que el concepto de parentesco por afinidad tiene influencia en el impuesto de sociedades (operaciones vinculadas), en el impuesto de patrimonio y muy especialmente en el impuesto de sucesiones y donaciones. En el ámbito

propio de Cataluña la Dirección General de Tributos de la Generalitat ante la consulta al tratamiento fiscal que podrían tener las operaciones de donación o legado otorgado por el suegro a favor del yerno, y al revés; donación o legado realizada a favor del hijastro; y la donación o legado por el hijastro a favor del padrastro, con remisión a la ley 19/2010, de 7 de junio, de regulación del impuesto sobre sucesiones y donaciones ha señalado: que la regla general es que ascendientes y descendientes por afinidad son equiparados a los colaterales de segundo y tercer grado (grupo III), teniendo por tanto, derecho a una bonificación fiscal de 8000 euros, en el caso de sucesiones y careciendo del derecho a los tipos reducidos en el caso de las donaciones.

Pero, como norma especial dentro del parentesco por afinidad, limitado a las operaciones entre padrastrros e hijastros, el artículo 60 ley 19/2010, de 7 de junio señala que las relaciones entre un cónyuge o un conviviente en pareja estable y los hijos de su cónyuge o del otro miembro de la pareja quedan asimiladas, a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones, a las relaciones entre ascendientes e hijos. Por ello, en caso de herencias o legados entre padrastrros e hijastros, estamos en el ámbito de la bonificación de 100.000 euros, con independencia de que pudieren ser aplicable otras, si se dan los requisitos para ello, y en el caso de donaciones se tiene derecho a la cuota reducida del 5, 7 o 9%³³.

Completando la cuestión sobre la extinción del parentesco por afinidad junto con los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa que concluyen que no hay causa legal en virtud de la cual el parentesco por afinidad se extinga por el fallecimiento de una persona que haga que se pierda el parentesco con el resto del grupo familiar.

La solución más equilibrada en esta materia, quizás es la que proporciona la Comunidad de Aragón, que en el artículo 133-4.2 del TR de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, señala: «A los efectos de aplicación de los beneficios fiscales en el impuesto sobre sucesiones y donaciones, se entenderá que el parentesco por afinidad no se pierde por fallecimiento del cónyuge que sirve de nexa, salvo que hubiere segundas nupcias».

Dónde la ley no distingue no cabe distinguir, es obvio que el legislador no ha querido que existieran diferencias entre los colaterales por consanguinidad y por afinidad, derogando las normas contrarias que han estado vigentes, reglamentariamente, hasta 1967, así lo dispone la sentencia de 14 de julio de 2016³⁴ «donde la Ley no distingue no cabe distinguir».

1. DE LOS TRIBUNALES ECONÓMICO ADMINISTRATIVOS

La sentencia TS de 14 de julio 2011 (*RJ* 2011, 6489) indica que al hablar de parentesco referido a colaterales de cuarto grado no diferencia entre consanguinidad o afinidad, por lo que debe entenderse que incluye a ambos.

La sentencia del Tribunal Económico Administrativo Central de 14 de noviembre de 2013 expresa en su fundamento de derecho 4 «Consecuencia de la anterior doctrina jurisprudencial es que a efectos del impuesto sobre sucesiones y donaciones no cabe distinguir dentro de los colaterales entre consanguinidad y afinidad, por lo que la reducción por parentesco prevista en el artículo 20 aplicable en este caso es la del Grupo II, como asimismo es aplicable el coeficiente multiplicador previo para dicho grupo regulado en el artículo 22 de dicha ley, procediendo por tanto anular la liquidación practicada.

La sentencia TS de 25 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4209) para un caso de nombramiento como heredero de un sobrino, el matrimonio nombraba como heredero al sobrino carnal de la mujer, el causante siguió considerando heredero a su sobrino político tras la muerte de la mujer. El vínculo afectivo se mantiene en el parentesco sin distinguir consanguinidad o afinidad, el afecto surge del trato y no hay que distinguir.

2. POSICIONES JURISPRUDENCIALES

Hay muchas sentencias que se han ocupado de esta cuestión y recogen el parentesco por afinidad, como la STS de 25 de septiembre de 2017. En la misma línea, se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 2017 y de 28 de noviembre de 2017.

En cualquier caso, la cuestión no es pacífica y, dada la contradicción de criterios administrativos y jurisprudenciales, recomendamos el análisis jurídico particular de cada caso³⁵.

Después de estos planteamientos bien nos podríamos hacer esta pregunta, a la que responde GÓMEZ TABOADA³⁶, «¿Se extingue una vez concluida la relación conyugal que le sirve de nexo o, por el contrario, pervive a esta?» responde siguiendo la STS de 18/3/2003 —previo reconocimiento de que «el acercamiento de la afinidad a la consanguinidad» es una de «las líneas de la evolución del parentesco» operadas en el ámbito del Derecho Civil, lo que le lleva a afirmar que «se ha superado el limitado concepto del parentesco como exclusivamente consanguíneo»— se concluye que «en este caso de autos, el interesado ha sido incluido, por la Administración, como colateral de tercer grado por afinidad, en el Grupo IV; situación que violenta las reglas de la más elemental lógica, pues, de dicho modo, ha sido convertido o bien en un colateral de cuarto grado o de grado más distante o bien en un extraño».

A la pregunta ya planteada «La muerte de un cónyuge extingue asimismo la relación de parentesco por afinidad» responde: «Sin embargo, aún cabe un punto intermedio y ahí, precisamente, es donde se ubica la ecléctica interpretación de la DGT de la Generalitat de Cataluña que, en su Instrucción 4/2006 de 24/7, es el ingrediente volitivo el determinante de la pervivencia o no de la

afinidad respecto al matrimonio que la originó. Interesante, a la par que curiosa, apreciación en la que, por lógica, entiende este autor que habría de ser relevante un nuevo matrimonio del supérstite.

IX. REFERENCIA AL ACOGIMIENTO DE PERSONAS MAYORES

Resulta necesario, por el valor que aporta hacer una breve referencia a esta cuestión, dada la esperanza de vida en aumento de nuestros mayores, y en muchos casos son los sobrinos los que cuidan a estos mayores.

Viene regulado por la Ley 22/2000 de 29 de diciembre del parlamento de Cataluña, de Acogida de Personas Mayores. Se prevé para la sucesión testada e intestada un derecho de crédito, en ciertos casos, equivalente a una cuarta parte de la herencia.

Su EM dispone *«Sobre la base del estudio que se ha llevado a cabo a partir de datos estadísticos fiables y de carácter sociológico, y de las diversas soluciones que ofrece el derecho comparado, que se han analizado debidamente, se llega al convencimiento de que es procedente establecer una regulación de las situaciones de convivencia entre personas que, sin constituir una familia, comparten una misma vivienda habitual, unidas por vínculos de parentesco lejano en la línea colateral, o de simple amistad o compañerismo, y con la voluntad de ayuda al más débil y de permanencia»*.

Artículo 8. Efectos en caso de sucesión intestada.

« 1. En la sucesión intestada de las personas acogidas, si la convivencia ha sido por un periodo mínimo de cuatro años, las personas acogedoras tienen el derecho, en concurrencia con descendientes, cónyuge, ascendientes o colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o adopción, y conjuntamente si son dos, a ejercer una acción personal y a exigir a los herederos de aquellos, bienes hereditarios o su equivalencia en dinero a elección de los que sean herederos, que representen una cuarta parte del valor de la herencia.

2. También pueden reclamar la parte proporcional de los frutos y rentas de la herencia percibidos desde el día de la muerte de las personas acogidas, o de su valor en dinero.

3. Debe imputarse siempre a cuenta de dicha cuarta parte el valor de los bienes que, por cualquier título gratuito, las personas acogedoras hayan recibido de las acogidas o que estas les hayan atribuido en su herencia aunque renuncien a ella.

4. La acción para formular las reclamaciones establecidas por los apartados 1 y 2 prescribe al año de la muerte de la persona acogida.

5. Si no existen descendientes, cónyuge, ascendientes ni colaterales hasta el segundo grado o si los hijos de estos han premuerto, a las personas acogedoras les corresponde toda la herencia, si la convivencia ha sido por un periodo mínimo de cuatro años».

Las nuevas figuras y consideraciones se adaptan a una amplitud de derechos teniendo en cuenta el trato familiar y la realidad práctica realizada.

Esta norma me parece muy justa y se adapta perfectamente a la tendencia actual de recortar la legítima de los herederos forzosos, en aras de una mayor libertad del testador, teniendo en cuenta también que a veces su voluntad puede estar disminuída según su estado mental.

X. CONCLUSIONES

I. El causante puede actuar libremente en la confección de su testamento, pero en ciertas ocasiones no ha podido hacer testamento o este se ha declarado ineficaz. Cuando no hay sucesión testada debemos acudir a las normas de cada país, siendo el elemento esencial en torno al cual se estructuran los llamamientos abintestatos el parentesco. El problema de este llamamiento es que puede ser que parientes más próximos sin contacto con el causante sea preferentes a otros más lejanos con los que incluso se conviva.

El orden sucesorio es expresión de una comunidad patrimonial de la familia, expresión de la protección que ha de darse respetando el principio constitucional de la propiedad del artículo 33 a través de las herencias y conservación de los bienes en la familia. Es importante que exista un sucesor *mortis causa* para todo causante.

II. La averiguación de la voluntad del testador debe ser en función de la vida realizada. En este caso si el causante está incapacitado y necesitado y sus familiares le han cuidado, es más, hay nombramiento de tutor legal (recordando que el juez para la designación de tutor acude a sus familiares). El fin de la sucesión intestada es evitar que los bienes queden vacantes, si hay parientes colaterales deben ser llamados a su herencia sin distinguir. No hay que acudir a familiares solo para obligaciones sino en términos amplios. Esta búsqueda puede ser a veces difícil y no adecuarse con la verdadera voluntad, por eso siempre es aconsejable hacer al menos un testamento genérico.

III. La realidad social del momento debe apreciarse, el artículo 3 del Código civil está siempre presente, si la ley no distingue nosotros no debemos distinguir, si la evolución jurídica es en base al artículo 9 CE no distinguir, no discriminar, no puede hacerse tal distinción. El llamamiento por parentesco debe ser igual tanto para los consanguíneos como para los afines siempre que se demuestre que hay vinculación o trato.

IV. Choca el que existan distintas consideraciones del parentesco según el ámbito del derecho, es decir, en derecho canónico se tiene en cuenta para casarse (obvio) por impedimentos de parentesco. En derecho laboral, fiscal y penal se habla y distingue según el tipo de parentesco. Es decir cuando la ley quiere dar un trato diferente y distinguir debe indicarlo expresamente, de lo contrario

debemos entender parentesco sin más, incluyendo todos los tipos. Las interpretaciones deben ser literales sobre todo cuando se traten de restringir derechos. Vemos que en muchos artículos se habla de parentesco y en otros se habla de consanguinidad, en otros se hace referencia a los dos tipos. Si fiscalmente hay equiparación, si laboralmente también, en el orden civil también debe ser igual a la hora de poder suceder ab intestato un pariente afín que uno consanguíneo, más si es de ulterior grado.

V. Considero que la tendencia de nuestro derecho es a la equiparación, así equiparación de hijos, equiparación de cónyuge y pareja, es decir, se amplía la familia, si el matrimonio o la unión se ha efectuado y se ha consentido ¿porque no se consideran parientes los afines? con plena equiparación a los consanguíneos? a los sobrinos se les trata igual, no se distingue, el cariño suele hacerse en función del trato pero no de la sangre, los convivientes hablan de suegros, primos respecto a los afines, aunque creo que si no hay vínculo matrimonial este parentesco no existe sí hay muchas leyes que equiparan los efectos de uniones y matrimonios.

La afectividad, la convivencia, la relación se marca en un principio por el vínculo de sangre: filiación, pero con el paso del tiempo se amplía la familia, nacen nietos, sobrinos, etc. El lazo de unión es más fuerte en el primer y segundo grado, pero en el tercero o cuarto lo realmente importante es el cariño recíproco, el trato, la convivencia y no el vínculo de sangre como tal, por eso creo necesaria una reflexión a la hora de hablar en la sucesión intestada de llamamiento de parientes colaterales hasta el cuarto grado, si no se distingue debería de incluirse tanto afines como consanguíneos y evitar que los bienes queden fuera de la familia, dado que en ese grado si hay contacto y relación de afectividad.

Si en materia fiscal hay una tendencia a la equiparación de los parientes el criterio debiera ser idéntico para las demás disciplinas jurídicas.

VI. El tema cuestionado se produce muchas veces en el ámbito fiscal, y aunque ha habido diversas consideraciones las últimas sentencias y resoluciones tienden a no distinguir e incluir a los parientes por consanguinidad y por afinidad en el mismo grupo de reducciones fiscales.

El tratamiento del parentesco debe ser igual en todas las ramas del derecho, de lo contrario produciría una injusticia e inseguridad jurídica.

VII. Con esto quiero sentar una serie de reflexiones sobre el panorama actual hereditario. Considero que nuestro derecho hereditario se basa en vínculos de sangre, pero siempre en un orden, pues el sistema de legítimas debe contemplar los herederos forzosos, con gran libertad de actuación del causante. En el caso de testamento no hay problema pero en el llamamiento intestado se tiene en cuenta la prioridad y preferencia de parientes más cercanos, salvo que se demuestre la enemistad. Pero cuando hablamos del derecho de heredar de los parientes, es siempre antes que el estado y cuando se demuestre que existía

una vinculación afectiva con los parientes afines estos debieran heredar con preferencia al Estado. En el caso objeto de estudio, hay tal vínculo, se cuida al causante y además el hijo del primo era tutor del fallecido, en estos casos hay que preferir a los parientes que se saben que existen.

Soy partidaria de una voluntad más amplia del testador, con cierto respeto a las legítimas, si bien estas deben recortarse en aras de más libertad. A la par, el patrimonio debe quedar en la familia, considerando en términos de igualdad a los parientes afines y consanguíneos máxime en casos de afectividad y convivencia demostrada. El artículo 3 del Código civil y el artículo 9 CE hablan de igualdad en la sociedad actual. Las leyes ofrecen una tendencia a la igualdad y no discriminación, en este caso por parentesco. La máxima si la ley no distingue no se debe distinguir, y la interpretación literal hacen al menos replantearse el panorama sucesorio actual, donde incluso se tiende a equiparar al cónyuge con la pareja en todos los ámbitos del derecho.

XI. INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 28 de octubre de 1965 (*RJ* 1965, 4747)
- STS Sala de lo penal de 11 de noviembre de 1980 (*RJ* 1980, 4473)
- STS, Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1981 (*RJ* 1981, 1060).
- STS de 6 de mayo de 1988 (*RJ* 1988, 4019)
- STS de 12 de abril de 1989 (*RJ* 1989, 3007)
- STS de 20 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2423)
- STS de 20 de diciembre de 1994 (Rec. 6445/1991)
- STS de 2 de noviembre de 1999 (Rec. 3321/1998)
- STS, de 18 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 2209)
- STS de 27 de mayo de 1998 (*RJ* 1998, 4932)
- STS de 18 de marzo de 2003 (*RJ* 2003, 3773)
- STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2007 (JT 2007, 1407)
- STS de 14 de julio 2011 (*RJ* 2011, 6489)
- STEAC de 14 de noviembre de 2013
- STS de 1 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2282)
- Resolución de 8 de julio de 2014 del Tribunal Económico Administrativo Central
- STSJM de las Islas Canarias 442/2014 y STSJ de Madrid 1693/2014
- STS de 14 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3616)
- STS de 24 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 2661)
- STS de 6 de abril 2017 (*RJ* 2017, 859)
- STS de 25 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4209)
- STS de 28 de noviembre 2017 (*RJ* 2017, 5628).
- STS de 20 de marzo de 2018 (en *La Ley* 14664/2018)

XII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBACAR LÓPEZ, J.L. (1991). *Código civil*. Tomo III. Madrid. Trivium.
- ALBALADEJO, M. (2008). *Curso de Derecho civil. V. Derecho de Sucesiones*. Madrid. Edisofer.
- CABALLERO GONZÁLEZ, J.M. (1986). «Parentesco». *Nueva Enciclopedia Jurídica*. dir. Buenaventura Pellisé Prats. Tomo XVIII. Barcelona. Seix. (877-894).
- CORAZÓN CORAZÓN, M.R. (2012). La afinidad, una investigación histórica, jurídica y religiosa. *Hispania Sacra*. Vol. 64, n.º 129, enero-junio (97-139).
- CRESPO ALLUÉ, F. y otros (2013). *La sucesión hereditaria y el juicio divisorio*. Pamplona. Thomson Reuters.
- CRIBADO, E. y otros (1994). *Herencias, testamentos y donaciones. Problemas y soluciones*. Barcelona. Planeta.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (2015). El parentesco por afinidad, ¿concluye por la extinción del matrimonio?. *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*. Madrid. La Ley. Wolters Kluwer (1751-1785).
- GÓMEZ TABOADA, J. (2014). ¿Subsiste, póstumamente, la afinidad?, *El Notario del siglo XXI*. Enero-febrero. Práctica jurídica. <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-53/3652-subsiste-postumamente-la-afinidad>
- HIDALGO GARCÍA, S. (1995). *La sucesión por el Estado*. Barcelona. Bosch.
- LACRUZ BERDEJO, J.L y otros (1993). *Derecho de sucesiones. Elementos de Derecho Civil, V*. Barcelona. Bosch.
- LUZÓN CUESTA, J.M. (2006). ¿Extinción del parentesco por afinidad? (Comentario a la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2005). Madrid. *La Ley* 2626/2006.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. (2014). El parentesco por afinidad: una laguna del Código civil. Madrid. *La Ley* 6500/2014.
- MATA SIERRA, M.T. (2011). La incidencia del parentesco en la aplicación de la bonificación en el impuesto de sucesiones y donaciones en la transmisión de una empresa familiar (al hilo de la sentencia núm. 465/2007 de 25 de mayo, del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, sala de lo contencioso-administrativo, sección 2.^a). En *Pecunia*, núm. 12: enero-junio (191-208).
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M. (2007). *La sucesión intestada de los parientes colaterales.*, Universidad Rey Juan Carlos. Madrid. Dykinson.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2016). *Código civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley Madrid. Wolters Kluwer.
- OLAGUIBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, J. (2012). El parentesco por afinidad. La delimitación del concepto y sus efectos y la cuestión de su extinción. *Noticias jurídicas*. en fecha 17 de octubre de 2012 02:47:01. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extincion/>
- ORÓN MORATAL, G. (dir.) (2016). *La familia política ante el ordenamiento jurídico*. Pamplona. Thomson Reuters.
- ROMÁN GARCÍA, A. (1999). *Derecho de sucesiones*. Madrid. Mc Graw Hill.
- ZEJALBO MARTÍN, J. (2016). Tres sentencias fiscales del TS: parentesco por afinidad; aportación a sociedad de finca hipotecada; ajuar doméstico. <https://www.notariosyre->

gistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/varios/tres-sentencias-fiscales-del-ts-parentesco-por-afinidad-aportacion-a-sociedad-de-finca-hipotecada-ajuar-domestico/

NOTAS

¹ Artículo 943 del Código civil: «A falta de las personas comprendidas en las dos Secciones que preceden, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden que se establece en los artículos siguientes».

Artículo 954: «No habiendo cónyuge supérstite, ni hermanos ni hijos de hermanos, sucederán en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado, más allá del cual no se extiende el derecho de heredar abintestato».

Artículo 955: «La sucesión de estos colaterales se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo».

² LACRUZ cita a ROMAN GARCÍA, 1999, 2.

³ ALBÁCAR LÓPEZ, 1991, 981 y sigs.

⁴ ALBALADEJO, 2008, 411.

⁵ LACRUZ BERDEJO, 1993, 452 y sigs.

⁶ CABALLERO GONZÁLEZ, 1986, 877.

⁷ Artículo 108 del Código civil: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código».

⁸ ORÓN MORATAL, 2016, 29.

⁹ CORDERO CUTILLAS en ORÓN MORATAL, 2016, 41.

¹⁰ OLAGUÍBEL ÁLVAREZ-VALDÉS, 2012. <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4800-el-parentesco-por-afinidad-la-delimitacion-del-concepto-y-sus-efectos-y-la-cuestion-de-su-extincion/>

¹¹ El TS no pone en duda que se trata de una relación bilateral en la que se proyectan sus principales efectos en las dos direcciones. Por lo tanto, según el Supremo, esta bilateralidad permite asegurar que no solo es cuñado el hermano del cónyuge, sino que el cónyuge del hermano también es cuñado.

¹² Artículo 93: Personas especialmente relacionadas con el concursado. Como la base de la relación jurídica de afinidad es la unión de dos familias con un nexo en común, esto genera también unos deberes y usos sociales, que las leyes convierten en obligaciones o normas jurídicas con sus deberes, permisos, prohibiciones e incompatibilidades varias. Y precisamente, con todas estas características, se entiende que la relación entre cuñados está incluida en los conceptos de permisos previstos en el artículo 37.3 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo tanto, no existe diferenciación entre el permiso porque el suceso haya ocurrido al hermano o hermana o a su cónyuge.

«1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona natural:

1.º El cónyuge del concursado o quien lo hubiera sido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso, su pareja de hecho inscrita o las personas que convivan con análoga relación de afectividad o hubieran convivido habitualmente con él dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

2.º Los ascendientes, descendientes y hermanos del concursado o de cualquiera de las personas a que se refiere el número anterior.

3.º Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del concursado.

4.º Las personas jurídicas controladas por el concursado o por las personas citadas en los números anteriores o sus administradores de hecho o de derecho. Se presumirá que existe

control cuando concorra alguna de las situaciones previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio.

5.º Las personas jurídicas que formen parte del mismo grupo de empresas que las previstas en el número anterior.

6.º Las personas jurídicas de las que las personas descritas en los números anteriores sean administradores de hecho o de derecho».

¹³ Hay que tener en cuenta que hoy se habla de cónyuges, sin distinguir por razón de sexo, debiendo admitir la afinidad también entre las personas del mismo sexo. Un cambio importante al respecto.

¹⁴ CORAZÓN CORAZÓN, 2012, 106.

¹⁵ Otros autores sostuvieron que el parentesco romano llegaba hasta el sexto grado como VOIGT, KLENZE o BONFANTÉ, y otros como PEROZZI consideraban que era indefinido.

¹⁶ CORAZÓN, 2012, 118.

¹⁷ MATA SIERRA, 2011, 194.

¹⁸ Artículo 170 Llamamiento:

«1. Si a virtud de disposiciones legales, de la costumbre o de acto jurídico, fueren llamados ciertos parientes para intervenir en determinados asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas, actuarán aquellos reunidos en Junta.

2. Cuando el llamamiento sea consecuencia de acuerdo de los interesados, este deberá constar en documento público».

Artículo 171 Reglas aplicables

«1. La Junta de Parientes se regirá por las disposiciones del llamamiento y, en su defecto o para completarlas, por las reglas contenidas en el presente Título.

2. La fiducia a favor de parientes se regirá, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, por lo dispuesto en su normativa específica y, supletoriamente, por las normas de este Título.

3. Serán de aplicación supletoria a los miembros de la Junta de Parientes, en la medida que su naturaleza lo permita, las normas relativas a los cargos tutelares, especialmente en materia de causas de inhabilidad, excusa, remoción y responsabilidad».

Artículo 172. Composición.

«1. Cuando la composición de la Junta no estuviere determinada, la formarán los dos más próximos parientes capaces, mayores de edad y no incurso en causa de inidoneidad, uno por cada línea o grupo familiar. En igualdad de grado, será preferido el de más edad, salvo entre ascendientes, en cuyo caso se preferirá al de menos.

2. La Junta llamada a intervenir en asuntos de dos personas se formará con un pariente de cada una de ellas».

¹⁹ Artículo 441-2. Llamamientos legales. «1. *En la sucesión intestada, la ley llama como herederos del causante a los parientes por consanguinidad y por adopción y al cónyuge viudo o al conviviente en pareja estable superviviente en los términos, con los límites y en los órdenes establecidos por el presente código, sin perjuicio, si procede, de las legítimas*».

²⁰ Artículo 443-1. Principio de equiparación.

«1. *El parentesco por adopción surte los mismos efectos sucesorios que el parentesco por consanguinidad. Por tanto, la persona adoptada y sus descendientes adquieren derechos sucesorios ab intestato respecto a la persona adoptante y a su familia, y estos respecto a aquellos.*

2. *La adopción extingue los derechos sucesorios ab intestato entre el adoptado y sus parientes de origen, excepto en los casos regulados por los artículos 443-2 a 443-4*».

Artículo 443-5. Supeditación a trato familiar.

«*Los derechos sucesorios regulados por los artículos 443-2 a 443-4 quedan excluidos si se acredita que el causante y el sucesor no han mantenido el trato familiar*».

²¹ NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, 35.

²² HIDALGO GARCÍA, 1995, 84.

²³ Citado por NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, 87.

«La relación conyugal a pesar de ser el lazo más íntimo que puede existir entre las personas, según CASTÁN, no constituye parentesco, sino vínculo *sui generis*, porque la piedra angular del parentesco para el legislador está basada en la procreación. GUILARTE ZAPATERO coincide con esta opinión: «solo son parientes los que tienen comunidad de sangre, con lo que se excluye que entre los cónyuges medie una relación de tal naturaleza. Opinión no compartida plenamente por VATTIER, entendiéndose que entre los cónyuges hay un vínculo de parentesco en virtud de su matrimonio.

²⁴ NÚÑEZ NÚÑEZ, 2007, 89.

²⁵ LUZÓN CUESTA, 2007.

²⁶ Artículo 175.3. «No puede adoptarse: 2.º A un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad».

Artículo 176.2: «Para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes que dicha Entidad Pública haya declarado idóneos para el ejercicio de la patria potestad. La declaración de idoneidad deberá ser previa a la propuesta.

No obstante, no se requerirá tal propuesta cuando en el adoptando concurra alguna de las circunstancias siguientes: 1.ª Ser huérfano y pariente del adoptante en tercer grado por consanguinidad o afinidad».

Artículo 681 del Código civil: «No podrán ser testigos en los testamentos:

Primero. Los menores de edad, salvo lo dispuesto en el artículo 701.

Segundo. Sin contenido.

Tercero. Los que no entiendan el idioma del testador.

Cuarto. Los que no presenten el discernimiento necesario para desarrollar la labor testifical.

Quinto. El cónyuge o los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del notario autorizante y quienes tengan con este relación de trabajo».

Artículo 682 del Código civil:

«En el testamento abierto tampoco podrán ser testigos los herederos y legatarios en él instituidos, sus cónyuges, ni los parientes de aquellos, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad».

Artículo 754 del Código civil: «El testador no podrá disponer del todo o parte de su herencia en favor del notario que autorice su testamento, o del cónyuge, parientes o afines del mismo dentro del cuarto grado, con la excepción establecida en el artículo 682.

Esta prohibición será aplicable a los testigos del testamento abierto, otorgado con o sin notario.

Las disposiciones de este artículo son también aplicables a los testigos y personas ante quienes se otorguen los testamentos especiales».

²⁷ En relación a la familia política, existe una sentencia judicial. En concreto, se trata de la sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de octubre de 2015. Este caso hace referencia a un conflicto que se generó cuando la empresa semipública Aena se negó a conceder permisos a sus empleados, cuando se trataba de familiares con una afinidad de hasta segundo grado.

²⁸ Como indica el artículo 919 Código civil (y art. 4.3 CC), el cómputo del artículo 918 rige en todas las materias. La filiación, biológica y adoptiva conlleva el parentesco por consanguinidad y adopción respectivamente. Y el matrimonio de algún pariente o el propio, la afinidad.

²⁹ Ejemplos de sentencias que determinan la afinidad ordenadas por jurisdicciones:

a) La STS, Penal, de 11 de noviembre de 1980 (Ponente: GÓMEZ DE LIAÑO) dice que es pariente por afinidad una prima hermana de la esposa del condenado y la de 2 de noviembre de 1999 (Rec. 3321/1998) afirma que hay «parentesco por afinidad entre un individuo y la hija de su esposa, desde la celebración del matrimonio» (y no antes).

b) La STS, Contencioso-Administrativo, de 5 de febrero de 1981 (Ponente: BOTELLA TAZA) dice que un hijo de un sobrino político tiene parentesco por afinidad con el tío político de su padre y que el grado de parentesco por afinidad se computa conforme al artículo 918 del Código civil; y la de la Secc. 5.ª de 20 de diciembre de 1994 (Rec. 6445/1991), que dos

sujetos casados con dos hermanas no tienen parentesco de afinidad en segundo grado pues, como es sabido, existe entre cada cónyuge y los parientes del otro.

c) La STS, Civil, de 28 de octubre de 1965 (Ponente: DIEGO DE LA CRUZ) dice que el hijo político (yerno) es afín de primer grado con su suegra; la de 6 de mayo de 1988 (Ponente: MORALES MORALES), que el hijastro (hijo de la esposa) es afín en línea recta. La STS de 12 de abril de 1989 (Ponente: MARINA MARTÍNEZ-PARDO) sobre retracto gentilicio en el Fuero Nuevo de Navarra, y la de 20 de marzo de 1991 contraponen consanguinidad y afinidad.

³⁰ Vid. Notaría de Nervión. <http://www.notariadesevillanervion.com/2016/11/la-reduccion-por-parentesco-de-afinidad.html>

³¹ MATA, 2011, 201.

³² El parentesco por afinidad, en <http://notarialuisprados.com/el-parentesco-por-afinidad/>

³³ Por otro lado, las dos sentencias del TSJM de las Islas Canarias 442/2014 y STSJ de Madrid 1693/2014, han señalado que la ley del impuesto de sucesiones al no diferenciar entre parentesco por afinidad y por consanguinidad en el caso de colaterales, tiene como consecuencia la equiparación de los dos tipos, de modo que en el caso de colaterales por afinidad de 2.º o 3.º grado, tienen derecho a la misma reducción que los colaterales por consanguinidad de 2.º o 3.º grado, es decir, 8000 euros actualmente en Cataluña y un coeficiente multiplicados de 1, 5882.

³⁴ Sentencia del TS de 14 de julio de 2016, Recurso 3316/2015. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES Adquisiciones «*mortis causa*»: reducción en la base imponible en función del grado de parentesco con el causante; sobrino político: inclusión en el grupo III de colaterales de segundo y tercer grado, tanto por consanguinidad como por afinidad; reducción procedente: liquidación basada en la inclusión en el grupo IV: improcedencia.

³⁵ Así la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJ Madrid 31/10/2013, TSJ Madrid 7/11/2013 y TSJ Madrid 17/4/2015) sostiene que el parentesco por afinidad depende de la subsistencia del matrimonio y afirma que, cuando se disuelve este por muerte de uno de los cónyuges, se extingue el parentesco por afinidad.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo (TS 18/3/2003 y TS 1/4/2014) y de otros Tribunales Superiores de Justicia (TSJ Castilla-León 18/7/2013 y TSJ Cataluña 10/1/2013) sostiene la tesis contraria y considera que, pese a la premoriencia de uno de los cónyuges, subsiste el parentesco por afinidad entre el superviviente y los familiares consanguíneos del premuerto. En este mismo sentido, la Direcció General de Tributs i Joc de la Generalitat de Catalunya se ha pronunciado al respecto mediante la Instrucción 4/2006, afirmando que el parentesco por afinidad perdura pese al fallecimiento de uno de los cónyuges.

En virtud de lo anterior y a efectos del ISD recaudado en Cataluña, un colateral por afinidad de segundo y tercer grado no sería considerado un extraño y tendría derecho, por un lado, a la reducción por parentesco en la base imponible y, por otro lado, a aplicar el coeficiente multiplicador del Grupo III de parentesco, menos gravoso que el aplicable a los extraños del Grupo IV.

La sentencia de 20 de marzo de 2018 (en La Ley 14664/2018) sobre reducciones de sobrinos políticos, en que se debate a que grupo se debe incluir el causahabiente que es pariente por afinidad del causante.

³⁶ GÓMEZ TABOADA, 2014.

(Trabajo recibido el 12-2-2019
y aceptado para su publicación el 1-4-2019)

DICTÁMENES Y NOTAS

Hipoteca en mano común, retracto de coacreadores y conflicto de leyes: un caso práctico

Joint mortgages, pre-emption rights by co-lenders and conflict of laws: a case study

por

ANTONIO GARCÍA GARCÍA
Abogado

RESUMEN: En este trabajo se analiza si el retracto de comuneros resulta aplicable a los préstamos hipotecarios mancomunados. La doctrina que se ha ocupado de la cuestión hasta la fecha ha fundado la inexistencia del retracto en el carácter germánico de la mancomunidad acreedora y, por consiguiente, en la inexistencia de cuotas en la misma. En las páginas siguientes trataré humildemente de rebatir dicha tesis, exponiendo los motivos que, en mi opinión, determinan que no resulte aplicable el retracto de comuneros a los préstamos mancomunados.

Además, se abordan las implicaciones de que los bienes hipotecados se encuentren situados en territorios con Derecho civil foral, el conflicto de leyes que de ello se deriva y cómo considero que debe resolverse, en función de la naturaleza de los distintos derechos en juego.

ABSTRACT: In this paper, I analyze whether pre-emption rights by co-owners are applicable to joint mortgage-secured loans. Scholarship that has

addressed the matter to date has based the non-existence of such pre-emption rights on the German nature of the community of creditors and, therefore, on the lack of shares therein. In the following pages, I will humbly try to challenge this thesis, outlining the merits that, in my view, determine that pre-emption rights by co-owners do not apply to joint loans.

In addition, I address the implications of the mortgaged assets being located in territories with regional civil law systems, the conflict of laws that arises therefrom and how I understand that this should be solved, depending on the nature of the different rights at play.

PALABRAS CLAVE: Retracto. Comuneros. Hipoteca en mano común. Código civil de Cataluña. Comunidad romana. Comunidad germánica. Conflicto de leyes.

KEY WORDS: *Pre-emption rights. Co-owners. Joint mortgages. Civil Code of Catalonia. Roman co-ownership. German co-ownership. Conflict of laws.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. TÉRMINOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO.—III. LEY APLICABLE AL PRÉSTAMO Y AL DERECHO REAL DE HIPOTECA: CONFLICTO ENTRE DERECHO CIVIL COMÚN Y DERECHO FORAL CATALÁN: 1. EL OBJETO DEL RETRACTO: CLAVE PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE. 2. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE PRÉSTAMO MANCOMUNADO. — IV. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MANO COMÚN: ¿UNA COMUNIDAD ROMANA O GERMÁNICA?: 1. COMUNIDAD INTERNA FRENTE A COMUNIDAD EXTERNA: *A. La facultad de cada acreedor de ceder su crédito. B. La facultad de cada acreedor de declarar el vencimiento anticipado. C. La comunidad externa como única susceptible de desplegar efectos frente a terceros.* 2. BREVE EXCURSO SOBRE EL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS CUOTAS DE LOS ACREEDORES EN LA HIPOTECA EN MANO COMÚN: *A. De la existencia de cuotas en el préstamo mancomunado. B. Sobre la inexistencia de la acción de división y la unicidad de la hipoteca flotante.* 3. CONCLUSIÓN: EN EL PRÉSTAMO MANCOMUNADO NO SE DAN LAS NOTAS PROPIAS DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA. 4. ARGUMENTO «A CONTRARIO»: EL RETRACTO DE COHEREDEROS.—V. FUNDAMENTO DE LA INEXISTENCIA DEL RETRACTO DE CO-ACREEDORES: 1. RECAPITULACIÓN. 2. EL CONCEPTO DE «BIEN» O «COSA» COMO OBJETO DEL RETRACTO: *A. El texto del artículo 1522 del Código civil. B. «Cosa» y «derecho». C. Fundamento del retracto de comuneros. D. Interpretación teleológica: el debate en torno a los requisitos para el retracto.* 3. LA ACCESORIEDAD DE LOS DERECHOS DE GARANTÍA. 4. INEXISTENCIA DE RETRACTO BAJO LA LEY CATALANA: *A. La regulación de la comunidad en el Código civil de Cataluña. B. La naturaleza del retracto de*

comuneros bajo la ley catalana. 5. OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE RETRACTO: A. *La ruptura de la comunidad interna y la doctrina de los actos propios.* B. *Analogía con el llamado «retracto» anastasiano y el retracto arrendaticio.*—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Durante los primeros años de la crisis que comenzó en 2008, tuvo lugar un gran número de refinanciaciones y reestructuraciones necesarias para salvar a compañías prestatarias que de otra forma estaban abocadas a la liquidación. Para ello fue preciso crear nuevas figuras jurídicas, y profundizar en otras ya existentes o de reciente creación. Aquellos años, que tan fatídicos resultaron para nuestra economía, se caracterizaron por una gran fecundidad doctrinal en los ámbitos del Derecho financiero, inmobiliario y concursal. A ello contribuyeron las numerosas reformas que vieron la luz por entonces y que tuvieron por objetivo, con mayor o menor acierto, facilitar las reestructuraciones financieras y la continuidad de las empresas en crisis. Se publicaron grandes monografías (muchas de ellas en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario), varias de las cuales se citan en este artículo. Todas ellas consiguieron dar un necesario impulso renovador a la doctrina hipotecarista y la práctica registral, tras casi una década marcada por la estabilidad que conlleva una bonanza económica sostenida durante varios años en un mercado hipotecario consolidado.

Al periodo de las grandes reestructuraciones (que podemos centrar en el trienio 2009-2012) le siguió, tras la aprobación de los decretos llamados «Guindos I y II» y la creación de SAREB en 2012-2013, el de las ventas de carteras de créditos (generalmente, procesos competitivos organizados por bancos). En 2017 se alcanzaron cifras de ventas nunca antes conocidas¹ y, pese a las voces que quieren unir el destino de las llamadas «compras de deuda» al que algunos llevan augurando para el oro negro desde los años setenta, todo indica que estas operaciones se mantendrán en cifras similares en el medio plazo.

Con esta nueva fase del ciclo financiero han surgido nuevos debates jurídicos, así como la necesidad de replantear algunas de las conclusiones a las que llegó la doctrina en los años de las reestructuraciones. El mercado de créditos *NPL* ha sido una fuente inagotable de inspiración, entre otros temas, en materia de retracto (en especial, por lo que respecta al mal llamado «retracto» de créditos litigiosos). A ello han contribuido, de una parte, la necesidad de liquidez de las entidades financieras, que les ha llevado a incluir en las carteras préstamos refinanciados que en teoría no estaban diseñados para ser cedidos (v.g. financiaciones sindicadas) y de otra, la tenacidad que algunos deudores han mostrado en la defensa de su negocio frente a los nuevos acreedores. Una vez

más, se pone de manifiesto que el Derecho es una realidad viva, pero también, como veremos, que en el mismo existen principios inmutables propios de los ordenamientos de tradición romana.

Para ilustrar este trabajo, usaré un caso real que no llegó a resolverse por motivos ajenos a la cuestión de fondo. Imagínese un préstamo mancomunado que 3 entidades financieras (Banco 1, Banco 2 y Banco 3) concedieron a una mercantil en el año 2007, por tramos iguales de 25 millones de euros cada uno. La financiación (un capital de 75 millones de euros en total) quedaba garantizada con hipoteca mancomunada sobre un solar en el centro de Barcelona, propiedad de la sociedad prestataria.

Años más tarde, en pleno auge de la crisis económica, una sociedad (que llamaremos «Aquiles, S.L.» o simplemente «Aquiles») adquiere con descuento sobre el saldo pendiente los dos tercios del crédito correspondientes a los Bancos 1 y 2. Intenta comprar el tercio restante del Banco 3, sin éxito: la entidad financiera acaba cediendo su posición a una sociedad extranjera (que llamaremos «Debtco»), como parte de una cartera de créditos. Tras conocer la venta, Aquiles interpone demanda de juicio ordinario frente a Debtco ante los Juzgados de Barcelona. Reivindica su derecho a adquirir el codiciado tercio restante del préstamo, abonando a Debtco el precio pagado por esta última a Banco 3. Para ello invoca el artículo 552-4 y concordantes del Código civil de Cataluña.

En las siguientes páginas expondré los motivos por los cuales, a mi juicio, la pretensión de Aquiles debería ser desestimada.

II. TÉRMINOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

Reproducimos a continuación las estipulaciones de la escritura de 2007 (titulada «*Escritura de Préstamo Mancomunado con Garantía Hipotecaria*») que tienen relevancia para este trabajo²:

ESTIPULACIÓN 8ª: MANCOMUNIDAD ACREEDORA

«El préstamo convenido en la presente escritura se constituye como una sola obligación en la que concurren tres acreedores, mancomunadamente, con una participación de una tercera parte cada uno de ellos, y se obligan recíprocamente a compartir en la misma proporción indicada todos los cobros y pagos que se efectúen como consecuencia del presente contrato.

A tal fin, convienen que la cuota de préstamo correspondiente a cada Entidad Prestamista se mantendrá durante toda la duración del mismo en la indicada participación. Por tanto, todos los abonos a realizar se efectuarán mancomunadamente y todos los cobros, compensaciones y percepciones serán recibidos para aplicar por terceras partes iguales a las respectivas cuotas de

las tres entidades, no admitiéndose pagos de ningún tipo para imputar a la cuota correspondiente a tan solo alguna de las Entidades Prestamistas [...].

Al tratarse de una operación mancomunada por parte de las Entidades Prestamistas, el presente préstamo únicamente podrá resolverse y la garantía hipotecaria en él contenida ejecutarse, por acuerdo unánime de las tres Entidades Prestamistas.

Asimismo, la Parte Prestataria se compromete a que las garantías y condiciones de cada una de las tres partes de este préstamo sean las mismas, en todo momento, para todas y cada una de las Entidades Prestamistas».

ESTIPULACIÓN 9ª: CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA:

«Sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de la Parte Prestataria, esta constituye una única hipoteca, de primer rango, a favor de las Entidades Prestamistas [Banco 1, Banco 2 y Banco 3] por terceras partes indivisas cada una de ellas, sobre la finca [...]».

ESTIPULACIÓN 10ª: LEGISLACIÓN APLICABLE. FUERO.

«Expresamente pactan las partes que el presente contrato se rija por la legislación común española.

Con renuncia expresa de cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, las partes se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Barcelona para la resolución de cuantas cuestiones y controversias puedan surgir en relación con el presente contrato, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones legales que impongan un fuero específico».

La escritura constituye una única hipoteca en mano común, sin detallar las porciones ideales del derecho real de hipoteca pertenecientes a cada coacreedor a los efectos del artículo 54.1 del Reglamento Hipotecario (en adelante, «RH»). Tampoco regula la posibilidad de que alguna de las entidades financieras ceda a un tercero su crédito o su posición contractual bajo el préstamo³.

Por su parte, el contrato de compraventa de cartera de créditos suscrito entre Banco 3 y Debtco regula la venta de este y de varios créditos más a favor de Debtco, por un precio alzado, y se rige por Derecho común español.

Partiendo de estas estipulaciones llevaremos a cabo nuestro análisis.

III. LEY APLICABLE AL PRÉSTAMO Y AL DERECHO REAL DE HIPOTECA: CONFLICTO ENTRE DERECHO CIVIL COMÚN Y DERECHO FORAL CATALÁN⁴

La demandante invoca el principio de territorialidad (art. 111 CC de Cataluña; en adelante, «CCCat»), por remisión expresa de los artículos 10 y 13 del Código civil (en adelante, «CC»), ya que el bien hipotecado radica en Cataluña. Con base en este argumento, el ejercicio del derecho de retracto sobre un derecho

real de hipoteca en garantía de un tercio del préstamo mancomunado habría de regirse por las disposiciones del CCCat. Señala Aquiles en su demanda que pretende «*el ejercicio del derecho de retracto sobre un derecho real de garantía (un tercio en proindiviso del préstamo mancomunado con garantía hipotecaria)*».

En consecuencia (siempre según la demandante) es aplicable el artículo 552-4 CCCat, con exclusión del régimen de retracto de comuneros del Derecho común.

El artículo 552-4 CCCat confiere a los cotitulares de un bien o derecho real la facultad de adquirir la cuota-parte transmitida a un tercero ajeno a la comunidad, por el mismo precio o valor y en las mismas condiciones. El tanteo puede ejercerse en el plazo de un mes desde la notificación. Si no se hubiera notificado (como en el caso presente) o si la transmisión se realiza por un precio o condiciones distintas de las notificadas, los cotitulares podrán ejercitar el retracto en un plazo de tres meses desde que tengan conocimiento de la venta, o desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión de la cuota-parte en el bien o derecho.

Cuando Aquiles interpuso su demanda, no habían transcurrido aún tres meses desde la fecha de la anotación registral (pero sí algo más de un mes). Resulta evidente el interés de la actora en la aplicación del CCCat frente al Derecho civil común, pues el plazo de apenas 9 días previsto en el artículo 1524 del Código civil para el retracto de comuneros debería entenderse precluido⁵.

1. EL OBJETO DEL RETRACTO: CLAVE PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE

La demanda es imprecisa en cuanto al objeto del retracto: en ciertos pasajes Aquiles parece afirmar que pretende retraer el derecho de hipoteca que garantiza el préstamo (en rigor, la cuota abstracta de un tercio de la hipoteca). En otros, en cambio, solicita que se declare la existencia de un derecho de retracto sobre un tercio *del préstamo*. Aclarar este punto es de una importancia capital, pues se trata de objetos procesales diferentes. Podemos interpretar la pretensión de Aquiles de dos maneras diferentes:

- a) Opción 1: Aquiles pretende el retracto de una cuota indivisa del crédito garantizado con hipoteca (esto es, un tercio del préstamo).
- b) Opción 2: Aquiles pretende el retracto de una cuota parte en el derecho real de hipoteca que garantiza el préstamo.

La ley del lugar de situación del bien se aplica únicamente a los aspectos reales de una determinada transacción, pero no a los aspectos obligacionales. Estos últimos quedan sometidos a la ley aplicable al título causal de acuerdo a la norma de conflicto que resulte aplicable (BERCOVITZ, 2013, 251)⁶. En su

demanda, Aquiles mezcla conceptos, al afirmar, por un lado, que la ley aplicable es la catalana porque el retracto se ejercita «sobre un tercio en proindiviso del préstamo» y, por otro lado, que la hipoteca determina la aplicación de las normas civiles catalanas, al estar constituida sobre un inmueble radicado en Cataluña. Esta inconsistencia debería poder ser alegada por Debtco *ex* artículo 424 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, «LEC»), en cuyo caso Aquiles deberá aclarar el contenido exacto de su pretensión durante el acto de la audiencia previa. Si dicha confusión no fuese subsanada, se debería proceder al sobreseimiento del pleito (CORDÓN, 2011, 1777)⁷.

Sea cual sea la pretensión de Aquiles, la hipoteca es un derecho real accesorio de un derecho de crédito (el derivado del préstamo). En virtud de esta accesoriedad propia de los derechos de garantía, sobre la que volveremos más adelante, hay que entender que el retracto se ejercita *per se* sobre la cuota indivisa del préstamo, y *per accidens* sobre la correspondiente cuota de la hipoteca⁸.

2. LEY APLICABLE AL CONTRATO DE PRÉSTAMO MANCOMUNADO

El artículo 149.1. 8º de la Constitución reserva al Estado la competencia sobre las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Por su parte, el artículo 16 del Código civil (de aplicación general y directa en toda España) señala: «*Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV [del Título Preliminar]*». Estas reglas determinan la ley aplicable en los conflictos interregionales⁹. Entre ellas destaca el artículo 10.5 del Código civil, relativo a la ley aplicable a los contratos: «*Se aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate [...]*». Es el préstamo (el «título causal» del que habla BERCOVITZ), y no la garantía, lo que tiene la *vis atractiva* a efectos de ley aplicable, pues lo que se pretende retraer es el crédito derivado del préstamo. Por tanto, el artículo 10.5 del Código civil determina la ley aplicable, y no el artículo 10.1 del Código civil, relativo a los derechos reales¹⁰.

En la estipulación 10ª del préstamo las partes sometieron el contrato a la legislación civil común. El retracto de créditos litigiosos se gobierna por la ley aplicable a la relación obligacional subyacente (i.e., el contrato de préstamo mancomunado) y no por la ley aplicable a la cesión (que, como hemos visto, en nuestro caso es también el Derecho común español) (CARRASCO PERERA, 2018, 5)¹¹. Lo contrario supondría dejar a la voluntad de cedente y cesionario la elección de la ley aplicable al retracto (y que les llevaría a optar por la legislación más restrictiva con aquel)¹². La clave es la ley a la que las partes

(acreedor cedente y deudor cedido, por un lado, y los acreedores entre sí, por otro) sometieron sus relaciones derivadas del contrato de préstamo.

Por tanto, para el ejercicio, en su caso, del derecho de retracto de coacreedores se ha de estar a las disposiciones del Derecho civil común sobre retracto de comuneros, y no a las del Derecho foral catalán como pretende Aquiles. Esto conllevaría la resolución de la *litis* favorablemente a Debtco, pues la aplicación del artículo 1524 del Código civil supone la preclusión del plazo para retraer, sin que sea necesario entrar a conocer del fondo del asunto. No obstante, a efectos de este trabajo (y para el caso que una opinión mejor fundada determine que es aplicable la ley catalana, en cuyo caso la demanda sí se habría interpuesto en plazo), proseguiremos nuestro análisis, tanto bajo ley común española como bajo ley catalana.

IV. EL PRÉSTAMO HIPOTECARIO EN MANO COMÚN: ¿UNA COMUNIDAD ROMANA O GERMÁNICA?

Antes de determinar si existe derecho de retracto a favor de Aquiles, debemos detenernos en la naturaleza de la comunidad que forman los distintos coacreedores. La doctrina ha fundamentado la inexistencia del retracto en el carácter germánico de la comunidad formada por los titulares de un préstamo en mano común, y en la ausencia de «cuotas» (de forma que no existiría en la comunidad, técnicamente hablando, nada que retraer). A modo de ejemplo:

FAUS (2015): *«La distinción tradicional está entre la comunidad romana y la llamada comunidad germánica o en mano común. No hay problema alguno para aplicar el retracto de comuneros a la comunidad romana, que es la norma general en nuestro Derecho cuando un bien pertenece por indiviso, es decir, por cuotas ideales, a dos o más personas»*¹³.

MARTÍNEZ DEL TORO (2017): *«Un requisito imprescindible [para el retracto de comuneros] es que se trate de una comunidad o condominio de tipo romano por cuotas, la regulada en el artículo 392 del Código civil, en la que cada condómino tiene poder de disposición sobre su cuota, desapareciendo tras la división de la cosa común. No procede en la comunidad germánica o en mano común, como la sociedad de gananciales, salvo cuando esté disuelta pendiente de liquidación»*¹⁴.

VÁZQUEZ BARROS (2009): *«Pero lo dicho se refiere a la comunidad romana o por cuotas; situación que no se da en la sociedad de gananciales, la cual obedece a una comunidad germánica y por ende, no será factible el reconocimiento y por tanto el ejercicio del retracto toda vez que cada uno de los cónyuges durante la vigencia del régimen matrimonial de gananciales, tan solo ostenta un derecho expectante dentro de la comunidad y no una titularidad exclusiva y excluyente sobre tales bienes gananciales y por lo tanto, como*

ya se dijo, resulta inviable entre los cónyuges el ejercicio de retracto legal de comuneros»¹⁵.

Por otra parte, en su magnífico estudio sobre la hipoteca flotante, AZOFRA y otros (2011)¹⁶ han defendido el carácter germánico de la mancomunidad formada por los acreedores hipotecarios.

En este apartado sostendré que la comunidad formada por Aquiles y Debito es necesariamente de tipo romano; no germánico, y que dicha distinción no puede servir de base en ningún caso para valorar la existencia o no de un derecho de retracto de coacreedores.

1. COMUNIDAD INTERNA FRENTE A COMUNIDAD EXTERNA

A. *La facultad de cada acreedor de ceder su crédito*

Para determinar el tipo de comunidad ante el que nos encontramos (i.e. romana o germánica) es necesario analizar la facultad que tiene cada comunero de ceder su posición. Como regla general, en las comunidades llamadas «germánicas» existe una vocación de permanencia, que dificulta la entrada de nuevos comuneros. Por el contrario, las de tipo romano (arts. 392 y sigs. CC) tienden a favorecer la venta de las cuotas, sin perjuicio del derecho de retracto del artículo 1522 del Código civil (otra característica del condominio romano es que se concibe como una situación de transitoriedad, favoreciéndose la concentración de la propiedad en un único dueño).

Los prestamistas originales ya declararon en la estipulación 8ª su voluntad de que ninguno pueda ceder su posición (*[...] la cuota de préstamo correspondiente a cada entidad prestamista se mantendrá durante toda la duración del mismo en la indicada participación*). Sin embargo, conviene resaltar un par de puntos:

a) Cualquier prohibición de disponer (incluyendo un pacto entre coacreedores de no-ceder su crédito / posición contractual en el préstamo) constituye una realidad extrarregistral. Al tener origen voluntario, el acceso al Registro de la prohibición de ceder queda vetado por los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria (en adelante, «LH»)¹⁷. No cabe invocar en contra la validez del pacto de conservar la cosa indivisa (art. 400 CC, también presente en varios ordenamientos forales). Como expondremos más adelante, no estamos ante una «cosa indivisa»: existen cuotas definidas, pertenecientes a cada acreedor, y estas pueden ser enajenadas a terceros.

b) Si bien la cláusula de cesión se ha convertido con el tiempo casi en una cláusula de estilo en los préstamos hipotecarios (en la que además el deudor renuncia a ser notificado de la cesión conforme al art. 242 RH), su ausencia no impide la aplicación *ex lege* del artículo 149 LH. Esto es, «*el crédito o préstamo*

garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1526 del Código civil»¹⁸.

B. La facultad de cada acreedor de declarar el vencimiento anticipado

Algunos Registros —no todos— vienen inscribiendo los pactos de sindicación, que habitualmente prevén el ejercicio colectivo de la acción hipotecaria, a través de un banco agente, y unas reglas de mayorías para la declaración de vencimiento anticipado. Sin embargo, si alguno de los coacreedores, vencido su crédito conforme a los requisitos exigidos por la LEC, iniciase un procedimiento especial de ejecución hipotecaria sin el concurso de los demás, el deudor no debería poder oponer la falta de litisconsorcio activo con base en la estipulación 8ª de la escritura de préstamo. Dicha falta de litisconsorcio (y, en general, los defectos procesales) no se encuentra entre los motivos de oposición tasados en el artículo 695.1 LEC. Esta ha sido la línea seguida por la mayoría de Audiencias Provinciales (Autos 71/2008, de 20 de febrero, 177/2009, de 6 de mayo, 161/2010, de 7 de mayo, o 182/2011, de 16 de marzo, de la AP de Madrid y Auto 35/2009, de la AP de Barcelona). También parte de la doctrina que ha tratado este asunto coincide en que las causas previstas en el artículo 695.1 LEC son las únicas sobre las cuales el deudor puede fundar su oposición, y no cabe oponer otras excepciones procesales, por vetarlo los artículos 695.1 y 698.1 LEC¹⁹.

En la ejecución ordinaria de la hipoteca, el deudor puede oponer la excepción del artículo 559.2º LEC (*falta de capacidad o de representación del ejecutante*). A mi modo de ver, la supuesta falta de legitimación activa no encaja en este artículo: la legitimación activa designa un concepto procesal distinto de «capacidad» y «representación» y, además, como hemos visto, la falta de litisconsorcio activo no determina una falta de legitimación.

Lo anterior está lejos de ser una cuestión pacífica (en especial tras las numerosas reformas de la legislación hipotecaria en los últimos años). No obstante, esta es la tesis con la que me alineo, por estimarla la más acorde con la literalidad de la LEC.

En esta misma línea, el Tribunal Supremo ha venido manteniendo que nadie puede ser obligado a demandar ni solo ni unido con otro, de manera que no puede aceptarse una inexistente excepción de litisconsorcio activo necesario que no está prevista legal ni jurisprudencialmente: el artículo 12.2 LEC contempla el litisconsorcio necesario solo del lado pasivo²⁰. La SAP de Vizcaya 48/2010 de 5 de noviembre trata la supuesta falta de legitimación activa de la actora por no concurrir el otro acreedor mancomunado, con remisión a la doctrina del TS:

«A eso parece referirse el motivo del recurso al alegarse que no es posible la estimación de una acción interpuesta por una sola de las sociedades que

prestaron un dinero cuando aparece que lo hicieron dos conjuntamente, sin que la segunda de ellas intervenga en el procedimiento, por lo que en principio puede ejercitar por su parte la misma acción como acreedora que es. Sin embargo, ello no supone una falta de legitimación activa por parte de Pablocor, pues así mismo existe una jurisprudencia consolidada en el sentido de que cualquiera de los acreedores titulares de un crédito concertado en unidad de acto con un mismo deudor puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a todos ellos, ya sea para ejercitarlos, ya para defenderlos, siempre que lo haga en su beneficio, y ello incluso sin necesidad de hacer constar en la demanda de una forma expresa que se ejercita la acción en su nombre e interés, cuando se plantea una pretensión que de prosperar ha de redundar en su beneficio (STS de 30 de octubre de 1986; 13 de febrero de 1987; 26 de noviembre de 1987; 15 de enero de 1988; 21 de junio de 1989; 28 de octubre de 1991; 2 de octubre de 1992; etc.)».

El pacto de mancomunidad acreedora es un acuerdo entre coacreedores, basado en los «*intercreditor agreements*» anglosajones. Por consiguiente, el deudor no debe poder oponerlos, ni siquiera en el marco de una ejecución ordinaria. En la cotitularidad de derechos de garantía, «*se produce una situación particular y con propio sentido [...], pues no puede dejar de influir en él el derecho de crédito del cual es accesorio. Ya en virtud de esa accesoriedad, ya porque no se trata de un derecho de goce, el modo de disfrute y ejercicio no será el predispuesto por los artículos 393 y siguientes del Código civil, sino el que se deduzca de la condición del crédito garantizado*» (LACRUZ BERDEJO, 2009, 321)²¹. En esta línea, la STS de 11 de junio de 1991 declaró que el actor único «*puede demandar a una o varias personas en su único beneficio, si la obligación fuese mancomunada [parciaria], e incluso en utilidad de los demás acreedores si fuese solidaria (arts. 1137 y sigs. CC y sentencias 27 de junio de 1986, 22 de octubre de 1987, 11 de noviembre de 1988, 3 de noviembre de 1989)*».

Existen también resoluciones en sentido opuesto, como la SAP de Madrid de 21 de abril de 2017 y el Auto de la AP de Madrid (Sección 20^a) de 19 de septiembre de 2017, que niegan la legitimación activa a las entidades demandantes por incumplimiento del «*intercreditor agreement*» incorporado al título ejecutivo, al entender que correspondía al banco agente canalizar las actuaciones judiciales, en virtud de un mandato representativo irrevocable.

Ahora bien, la citada sentencia de 21 de abril de 2017 declara que el acreedor mancomunado sí podría haber declarado el vencimiento parcial únicamente respecto de su participación en el préstamo: «*en contra de lo que sostiene la sentencia, no cabe concluir que las entidades acreditantes no puedan ejercitar acciones en defensa de sus derechos que tienen carácter mancomunado, esto es, en la parte que proporcionalmente le corresponde a cada una conforme a su*

participación respecto de la totalidad del crédito sindicado. [...] Tales derechos pueden ser ejercitados por cada titular con plena autonomía e independencia de los derechos cuyo ejercicio incumba a otra entidad acreditante».

Por todo lo anterior, no coincido con AZOFRA cuando afirma que, si el crédito o créditos garantizados se ostentan por varios acreedores en mano común, «solo la acción conjunta (unánime) de los acreedores puede determinar el ejercicio de las acciones hipotecarias»²². El deudor no debe poder oponer dicho pacto en un procedimiento ejecutivo. Incluso las sentencias contrarias a esta tesis reconocen la facultad de cada acreedor de ejecutar parcialmente su crédito. Esto es aplicable también a la hipoteca flotante (BADOSA COLL, 2013, 828)²³. No es cierto que el aprovechamiento del derecho de hipoteca sea colectivo y que ello imponga la necesaria actuación conjunta de las acreditantes. A fin de cuentas, cada acreedor en última instancia tiene derecho solo a los ingresos de la ejecución que determine su participación en el crédito garantizado (prorrato del remate). No parece adecuado sostener que el derecho de crédito y su hipoteca aprovechan conjuntamente a todos los acreedores, como si fuesen usufructuarios o arrendatarios con derechos sobre un mismo inmueble. Sobre este punto volveremos más adelante.

En apoyo de nuestra tesis está, además, el evitar que el deudor pueda adquirir una porción del crédito a través de una sociedad interpuesta, impidiendo a los demás acreedores resolver el préstamo por no cumplirse la mayoría exigida. No es un supuesto de laboratorio, esto ha sucedido en la realidad: sin ir más lejos, en el caso que inspira este trabajo, Aquiles es una entidad vinculada al deudor cedido, con los mismos socios comunes. No le preocupa retrasar la ejecución cuanto sea necesario para limpiar las cargas, y juega con esa ventaja. Los acreedores como Debtco deben gozar de protección contra este tipo de situaciones, que no son admisibles conforme a las reglas que proscriben el abuso de derecho (art. 7.2 CC). En este sentido, considero que los pactos de ejecución conjunta que imponen un litisconsorcio activo no deberían siquiera tener acceso al Registro, evitando así que el deudor pueda llegar a oponerlos con éxito en la ejecución (en contra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la mayoría de Audiencias Provinciales). Todo ello sin perjuicio de los remedios frente al incumplimiento que asistirán a los demás acreedores, siempre que acrediten daños cuantificables, o bien cuando dicha obligación de resarcir venga establecida en el contrato de préstamo.

A continuación, trataré brevemente el destino del remate en la ejecución por un único acreedor.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1986, 489-490) afirma que, en concordancia con la naturaleza de comunidad ordinaria a que se encuentra sometido el derecho de hipoteca, un coacreedor puede, actuando en beneficio de la comunidad, ejecutar la totalidad del crédito, o bien solamente su cuota. Esto implica que el precio de remate ha de quedar a disposición de todos los demás acreedores, y no solo del ejecutante²⁴. En contra, ROCA SASTRE (1968, 560-

576) considera que el remate se entrega al ejecutante, y la garantía asociada a las cuotas de crédito no ejecutadas subsistirán tras el auto de adjudicación, conforme a la solución que ofrece el artículo 227 RH²⁵.

En mi opinión, la tesis de PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS se ajusta mejor a la naturaleza de la hipoteca en mano común. En idéntico sentido se ha pronunciado CORDERO LOBATO (2008): «*la hipoteca global se extingue con la ejecución, aunque quede plazo de duración no consumido, aunque queden obligaciones vencidas y no pagadas que no hayan sido objeto de reclamación en la ejecución hipotecaria*»²⁶.

Aceptar la posibilidad de una ejecución parcial con subsistencia del gravamen por las porciones no ejecutadas sería tanto como decir que no existe comunidad, sino varios créditos garantizados con hipotecas diferentes y de igual rango sobre un mismo inmueble, pues en nada se distinguiría el régimen de la hipoteca en mano común del de parciariedad (situación que contempla el artículo 227 RH cuando habla de hipotecas de igual rango). Hay dos motivos adicionales para concluir que la hipoteca de los demás co-acreedores no debe sobrevivir a la ejecución parcial:

a) Si asumimos que el derecho de hipoteca en un préstamo mancomunado es uno y único, la subsistencia del gravamen por la parte no ejecutada sería contraria a la indivisibilidad de la hipoteca consagrada en el artículo 1860 del Código civil para hipotecas sobre un único inmueble²⁷.

b) En una situación de bloqueo, la aplicación del artículo 227 RH favorecería las conductas abusivas por parte de los demás acreedores, al dispensar a sus porciones de la hipoteca, de facto, un trato similar al de las hipotecas de rango preferente. Esto disuadiría al acreedor disidente de ejercitar su derecho, sería como ejecutar una segunda carga, de forma que el rematante debería repagar íntegramente las demás hipotecas para lograr su cancelación.

Tras la reinterpretación del artículo 671 LEC efectuada por las recientes resoluciones de la DGRN, no parece necesario arbitrar mecanismos de protección a los coacreedores para el caso de que un acreedor ejecute solo su cuota del crédito. Si la cantidad ejecutada fuese inferior al 50% del valor de tasación original del inmueble (o al 60%, tratándose de la vivienda habitual del deudor)²⁸, el ejecutante o, en su caso, el cesionario del remate, deberán cubrir la diferencia en efectivo, entregándose dicho importe a los acreedores a prorrata de su participación en el crédito, una vez descontada la porción del ejecutante. Si por el contrario un acreedor ha ejecutado toda la deuda en beneficio de la comunidad, los demás acreedores tendrán derecho al importe del remate en proporción a su cuota en el crédito total.

Además, ante una ejecución parcial por un acreedor, queda a salvo la facultad de los demás acreedores de intervenir en el procedimiento ejecutando su

porción del crédito, en cuyo caso la distribución del remate deberá ser idéntica a la que tendría lugar en una ejecución por la deuda total.

C. *La comunidad externa como única susceptible de desplegar efectos frente a terceros*

Hemos visto cómo nuestro supuesto de hecho no encaja entre los difusos (y angostos) contornos de la comunidad germánica. Cada acreedor puede ceder su cuota a terceros, y declarar vencido el préstamo (o, al menos, su cuota) de forma unilateral. Cabe pensar pues en la existencia de dos comunidades: una interna o *ad intra* y otra externa o *ad extra*, siendo esta última la única con virtualidad frente a terceros (y, por tanto, la única relevante a efectos de un retracto). La prohibición de ceder la posición contractual que parece contener la estipulación 8ª carece de eficacia: cualquier pacto de no ceder tiene efectos puramente internos. Prueba de ello es que han tenido acceso al Registro sendas cesiones: la primera, por los dos tercios a favor de Aquiles y la segunda, por el tercio restante, a favor de Debtco.

AZOFRA (2011, 1288) señala que «*la autonomía de la voluntad [...] permite articular a través de los moldes de una comunidad germánica o en mano común la titularidad plural sobre cualquier derecho, real o personal. Tal habilitación no resulta solamente de los principios generales de nuestro Derecho (arts. 1255 CC, 2 de la LH o 7 del RH), sino específicamente en lo que a situaciones de cotitularidad de bienes o derechos se refiere, del párrafo segundo del artículo 392 del Código civil*». Sin embargo, la autonomía de la voluntad únicamente permite la creación de comunidades germánicas de origen convencional con efectos entre sus miembros (comunidad *ad intra*); en ningún caso frente a terceros (comunidad *ad extra*). El régimen general para la comunidad tanto en Derecho común como en el CCCat es el condominio romano; las comunidades germánicas reconocidas en Derecho común (y que por tanto tienen eficacia *erga omnes*, pues su funcionamiento deriva de la ley) son pocas y están tasadas: (i) la sociedad de gananciales²⁹; (ii) la comunidad hereditaria; (iii) los montes vecinales o en mano común regulados por la Ley 55/1980; y (iv) los pastos, leñas y aprovechamientos comunales regulados en el Código civil³⁰. Fuera de los supuestos legales, las partes pueden crear comunidades que se rijan por las normas que establezcan, pero tales normas no pueden tener efectos frente a terceros, salvo que las relaciones entre comuneros se «exterioricen» mediante la creación de derechos reales limitados sobre los bienes de la comunidad (que esencialmente revestirán la forma de servidumbres prediales)³¹.

En otro orden de cosas, cuando se afirma que pueden crearse comunidades de origen consensual, es preciso matizar: nadie «constituye» una comunidad como tal; la comunidad es una situación de hecho, que se da como consecuen-

cia de la adquisición por varias personas de determinados bienes o derechos «colindantes» (si esta expresión es admisible para comunidades de derechos). Las partes no crean *ex novo* una comunidad, sino que reconocen una situación de cotitularidad preexistente. El Código civil y las leyes especiales regulan las normas por las que han de regirse estas situaciones y que despliegan efectos frente a terceros (v.g. el retracto de comuneros frente al adquirente de una cuota-parte del objeto, o la facultad de los acreedores de los comuneros de concurrir a la división de la cosa común *ex art.* 403 CC).

En apoyo de la tesis favorable al reconocimiento de los efectos de la comunidad germánica, AZOFRA (2011, 1296) esgrime «*el amplísimo alcance de la regulación convencional de la comunidad*», y cita la RDGRN de 18 de mayo de 1983, «*[que acepta] un régimen jurídico especial de comunidad funcional, organizada y permanente, del que quedan excluidos la acción de división y el retracto de comuneros*». Hemos de objetar que esta resolución: (i) está dictada al amparo del derecho navarro, donde el pacto de conservar la cosa indivisa está admitido (Ley 374 de la Compilación), siempre que no exceda de 99 años (frente al máximo de 10 años del art. 400 CC); y (ii) el retracto es un derecho renunciabile por los comuneros, al igual que en Derecho común. Por tanto, ambos pactos pueden gozar de la fe pública registral. La resolución citada no consagra la validez o eficacia frente a terceros de cualesquiera pactos puedan celebrar los comuneros para convertir una comunidad en germánica, sino solo de aquellos dentro de los límites previstos en la ley. No se deduce de la resolución que puedan tener eficacia real, digamos, el pacto de no ceder la cuota, o el de no ejecutar un crédito sin el acuerdo unánime o mayoritario de los acreedores.

Por todo lo anterior, algunos autores han apuntado que la creación de comunidades germánicas de origen convencional es una ficción (BELTRÁN DE HEREDIA, 1954, 110-112 y LACRUZ BERDEJO, 1963, 37)³². A mi juicio, es una ficción que las comunidades germánicas de origen convencional tengan virtualidad más allá de lo previsto en la ley, sin la exteriorización de sus pactos mediante la creación de derechos reales limitados (servidumbres) sobre bienes inmuebles, quedando así estos sujetos a los pactos comunitarios³³, siempre y cuando dichos pactos no supongan una contravención de normas imperativas (v.g. arts. 26 y 27 LH).

2. BREVE EXCURSO SOBRE EL ARTÍCULO 54 DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS CUOTAS DE LOS ACREEDORES EN LA HIPOTECA EN MANO COMÚN

A. *De la existencia de cuotas en el préstamo mancomunado*

El artículo 54.1 RH dispone que «*las inscripciones de partes indivisas de una finca o derecho precizarán la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos que permitan conocerla indubitadamente*».

El trabajo de AZOFRA (2011) trata sobre hipotecas flotantes en mano común. Estas tienen características que les confieren una complejidad especial y las distinguen de nuestro supuesto base, donde la hipoteca no está constituida al amparo del artículo 153 bis LH. Sin embargo, no comparto la afirmación del autor por la cual «[ninguno de los coacreedores] *puede pretender para sí una cuota o porción exclusiva, pues el disfrute es colectivo orientado a los fines solidarios del grupo*». Por tanto, tampoco considero que la regla del artículo 54 RH no sea aplicable a la hipoteca en mano común debido a la inexistencia de cuotas³⁴.

Puesto que la ausencia de cuotas en la comunidad germánica constituye el eje argumental sobre el que la doctrina ha basado la inexistencia de retracto de coacreedores, es obligado detenernos en este punto, pues en nuestro caso parece claro que sí existen cuotas ideales tanto en el crédito como en la hipoteca.

AZOFRA (2011, 1293-1294) asimila el crédito mancomunado al crédito incluido en los bienes gananciales, por ser ambos «en mano común»: el segundo forma parte de una comunidad germánica (la sociedad de gananciales), y, por igual principio, el primero constituiría también una comunidad germánica. El problema de este silogismo es que equipara conceptos en planos ontológicos distintos: la sociedad de gananciales es un tipo de comunidad prevista en la ley, que la doctrina ha clasificado como germánica. Todos los bienes y derechos de la sociedad de gananciales forman parte y son titularidad de la misma (son su «materia» en sentido aristotélico). Pero esto no permite afirmar que, como nuestro crédito hipotecario se encuentra «en mano común», Debtco y Aquiles (o, previamente, los Bancos 1, 2 y 3) constituyen una comunidad germánica sobre el crédito y su hipoteca. Al contrario, Debtco tiene una tercera parte del derecho de crédito, y Aquiles, las otras dos terceras partes. En una hipoteca flotante en garantía de diversas obligaciones presentes y futuras, la situación sería similar: cada crédito pertenecería al acreedor que lo hubiera concedido, si bien la proporción que los créditos de cada uno representan sobre la deuda total estaría pendiente de determinar³⁵. En otras palabras, se está confundiendo el continente (la comunidad hereditaria) con su contenido (el derecho de crédito): un derecho de crédito que forme parte de una sociedad de gananciales o de una herencia yacente no pertenece por cuotas a cada uno de los comuneros (cuyos derechos son cuotas abstractas de la masa ganancial o hereditaria, respectivamente). Por el contrario, en el crédito hipotecario mancomunado sí existen partes alícuotas tanto en el crédito como en la hipoteca. En una hipoteca flotante, dichas cuotas podrán variar con el tiempo, determinándose con el cierre de la cuenta, que es cuando se cuantifica el saldo exigible.

Para demostrar lo anterior, imaginemos cualquiera de las comunidades germánicas con contenido patrimonial previstas en la ley (que en Derecho común se reducen esencialmente a la sociedad de gananciales y la comunidad hereditaria). ¿Puede uno de los cónyuges o de los coherederos enajenar válidamente, sin el

consentimiento del otro cónyuge o de los demás herederos, un derecho de crédito incluido entre los bienes gananciales o en la herencia yacente? La respuesta ha de ser necesariamente negativa. Así lo prescriben los artículos 1375 y siguientes del Código civil, para la sociedad de gananciales, y así lo ha venido declarando el TS para la comunidad hereditaria, con base en la regla de unanimidad del artículo 397 del Código civil³⁶. No puede enajenarlo porque no es titular de tal crédito (el contenido o «materia» de la comunidad); el titular es el mancomún (el continente o «forma»). En cambio, hemos visto que cada acreedor en nuestro caso base sí puede ceder su crédito (su posición contractual en el préstamo) sin el consentimiento de los demás acreedores. ¿Cómo es esto posible? Porque lo que se cede, en el fondo, es un crédito con sustantividad propia, de que es titular el cedente (no como en la sociedad de gananciales). Dicho crédito está garantizado con la parte alícuota en el derecho real de hipoteca. Esto mismo se observa en una pluralidad de créditos garantizados con hipoteca flotante en mano común: también cada co-acreedor puede ceder sus créditos a terceros, quienes se beneficiarán de la hipoteca en la parte proporcional a los créditos cedidos. Siguiendo a VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009), «cada acreedor tendrá en la hipoteca [flotante] la misma titularidad que en el crédito, ya fuera esta solidaria, parciaria o en mano común»³⁷.

La importante RDGRN de 8 de junio de 2011 avaló la tesis de AZOFRA en cuanto a que no es necesario expresar cuotas en la constitución de una hipoteca flotante en mano común. Concuero con esta resolución en que la regla general de fijación de cuotas puede verse excluida bajo determinadas circunstancias³⁸. La expresión de las cuotas conforme al artículo 54 RH, en efecto, no es necesaria para inscribir una hipoteca en favor de varios acreedores. Pero la razón no es la «mancomunidad germánica» por la cual todos los acreedores se beneficiarían por igual de la hipoteca, sino que dicha división en cuotas se deduce del carácter accesorio de la hipoteca (art. 1857.1 CC). Ya es posible «conocer indubitadamente la porción ideal de cada acreedor», pues la hipoteca pertenece a los acreedores mancomunados en proporción al crédito concedido (y desembolsado) por cada uno: se cumple así la finalidad del artículo 54 RH (i.e. asegurar la determinación del derecho de hipoteca). Prueba de ello es que, en nuestro caso, el Registro ha inscrito las sucesivas cesiones por tercios, sin necesidad de mayor especificación. Si, por el contrario, los acreedores quieren que su participación en el derecho de hipoteca no coincida con su participación en el préstamo, entonces sí habrán de expresar tal circunstancia sobre la escritura de hipoteca (indicando la distribución que las partes hayan pactado).

Como caso singular, en la hipoteca flotante en mano común del artículo 153 bis LH (supuesto dirimido en la RDGRN de 2011) no es posible fijar la cuota *ab initio*, sino solo una vez se fija el saldo adeudado a cada acreedor sobre la deuda total, por lo que no puede exigirse su constancia en el título constitutivo de la hipoteca. Esto no impide que los créditos cubiertos por la hipoteca

mantengan su independencia, con cuantías y plazos diferentes (en su caso), y conservando el acreedor la facultad de cederlos. Prueba de ello es que la ley no exige un pacto novatorio de las obligaciones garantizadas, lo que constituye una manifestación de la accesoriedad, impidiendo que la unidad de la hipoteca se imponga a la pluralidad de créditos (BADOSA COLL, 2013, 821)³⁹.

Por último, hay que destacar que, si el aprovechamiento del derecho de hipoteca fuese colectivo, en el momento de la constitución de la hipoteca todos los acreedores deberían tributar por ITPAJD por la totalidad del crédito garantizado, pues el derecho constituido sería sobre el total de la hipoteca, para todos y cada uno de ellos, pues a todos aprovecharía de forma mancomunada. Y, con cada cesión, la base imponible del impuesto a pagar por el cesionario debería ser, de nuevo, la totalidad del crédito garantizado. Esto, además de llevar a consecuencias manifiestamente injustas y antieconómicas, es contrario al criterio de la propia Dirección General de Tributos de 7 de julio de 2017 (Resolución Vinculante V1771-17) la cual concluye que *«en la cesión de la posición acreedora contractual de uno de los intervinientes en un contrato de financiación sindicada y, por tanto, de la parte proporcional de una hipoteca flotante en mano común, es decir, de la parte de un crédito que tiene el cedente en un crédito hipotecario total que, al ser en mano común, está garantizado por la totalidad de la hipoteca, pero con el límite de su propio crédito, la base imponible de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITPAJD estará integrada por la total cantidad garantizada, debiendo entenderse por tal la constituida por el importe del crédito a favor del cedente pendiente de amortización en la fecha de la cesión y los correspondientes intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos, pues solo esa parte del crédito es objeto de cesión»*. En resumen, el derecho de cada acreedor (tanto en el crédito como en su reflejo hipotecario) es su participación en la financiación (su cuota parte), cuya expresión resulta innecesaria, pero en ningún caso inexistente.

B. Sobre la inexistencia de la acción de división, y la unicidad de la hipoteca flotante

La *actio communi dividundo* no existe como tal en la hipoteca en mano común, no porque esta última sea una comunidad germánica indivisible, sino porque no es necesaria: la hipoteca es divisible entre cuotas mediante su mismo ejercicio, i.e., la ejecución hipotecaria y el prorrateo del remate (la gran paradoja de la hipoteca como derecho real es que se extingue como consecuencia de su uso). Esto sin perjuicio de la facultad de los coacreedores de distribuir la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, pudiéndose realizar dicha distribución en cualquier momento de la vida de los créditos garantizados, sin necesidad de consentimiento del deudor.

En la hipoteca flotante en mano común existe un *ius ad rem*; un derecho pendiente de concretarse. Es un supuesto excepcional en que la ley permite que un derecho acceda al Registro antes de que llegue a definirse del todo. En la hipoteca flotante se ven hasta cierto punto debilitados tanto la accesoriadad como el principio de determinación hipotecaria. En el momento de la constitución solo es preciso definir la cantidad máxima total por principal, intereses y costas por la que responde el bien hipotecado, y hacer una descripción general de los negocios jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas.

La cuota en la hipoteca flotante queda pendiente de determinar, sirviendo la constitución de la hipoteca como «reserva de rango», a la espera de que el derecho de los acreedores se concrete y pueda ser ejercitado.

La unicidad de la hipoteca flotante en mano común (por oposición a la pluralidad de los créditos garantizados) es un concepto que sirve para explicar el periodo que media entre el otorgamiento del préstamo hipotecario y su exigibilidad, una situación transitoria que, en las hipotecas del artículo 153 bis LH, se corresponde con la noción de flotabilidad, i.e., la fase de seguridad durante la cual las obligaciones garantizadas pueden variar. Una consecuencia de dicha unicidad es que, si alguno de los coacreedores viese satisfecho su crédito antes del vencimiento de las demás obligaciones, y siempre que no se hubiese distribuido la responsabilidad hipotecaria máxima entre los distintos acreedores, la hipoteca no se cancelará parcialmente. Durante la fase de «flotabilidad», si no se divide la responsabilidad hipotecaria entre acreedores, la hipoteca es única e indivisible, como exige la naturaleza de los derechos de garantía. La porción del acreedor satisfecho «acrecerá» a los demás, de forma que el colectivo de acreedores se beneficiaría de la responsabilidad hipotecaria total en una eventual ejecución. Esto es, la responsabilidad hipotecaria total pactada inicialmente se distribuirá entre los acreedores en forma proporcional a la deuda pendiente que corresponda a cada uno. Todo ello por analogía con el régimen de pluralidad acreedora sobrevenida —*pignus in solidum*—, previsto en el artículo 1860 del Código civil (apartados 2 y 3)⁴⁰.

Aunque no se hubiera distribuido la responsabilidad entre los acreedores antes de ejecutar, sería posible la ejecución unilateral por un acreedor. Señala VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009): «*la indicada “flotabilidad” de la responsabilidad hipotecaria genera la posibilidad de que cualquiera de los acreedores pueda dirigirse contra la finca hipotecada, también hasta el límite de su responsabilidad hipotecaria conjunta, ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones garantizadas, sin que sea tampoco necesario especificar en la constitución qué parte de la responsabilidad hipotecaria total es la que garantiza el crédito, préstamo u obligación de cada acreedor. [...]»⁴¹.*

La unicidad de la hipoteca flotante es una *fictione iuris* que sirve para explicar una situación de interinidad, de pendencia del derecho. El derecho de acrecer

en la hipoteca flotante tras la extinción de los créditos de un acreedor solo se produce si las partes no han distribuido la responsabilidad hipotecaria entre acreedores. La única implicación real de que una misma hipoteca garantice varios créditos de acreedores distintos en mano común, por oposición al régimen de parciariedad que seguirían diversas hipotecas *pari passu*, es la inaplicación del artículo 227 RH y, por tanto, la no subsistencia del gravamen tras la ejecución.

3. CONCLUSIÓN: EN EL PRÉSTAMO MANCOMUNADO NO SE DAN LAS NOTAS PROPIAS DE LA COMUNIDAD GERMÁNICA

Las escasas comunidades de tipo germánico reconocidas en nuestro derecho se caracterizan por los estrechos vínculos entre los condueños (de tipo conyugal, familiar, de gremio o de vecindad), y por su vocación de permanencia. Parece forzado querer encajar nuestro supuesto (donde los acreedores son 3 entidades financieras) en el molde doctrinal de la comunidad germánica.

El derecho de hipoteca únicamente puede «usarse» y «disfrutarse» mediante el ejercicio de la acción hipotecaria⁴² y, como hemos anticipado, cualquiera de los acreedores puede declarar vencido el préstamo y ejecutar la hipoteca, repartiéndose los ingresos de la ejecución entre los coacreedores en proporción a su participación en el préstamo. Alternativamente, también podría desplegar sus efectos en la fase de liquidación de un concurso de acreedores, como privilegio especial de los acreditantes (en cuyo caso los pactos internos de estos carecerán de eficacia). Mientras no se ejercita el *ius distrahendi* (ya sea de forma activa mediante la acción hipotecaria o pasiva, en el marco de la liquidación del deudor) no existe verdadero ejercicio del derecho. Nos encontramos en una situación de pendencia, donde los co-acreedores únicamente tienen un *ius ad rem* sobre el bien hipotecado, o sobre los ingresos derivados de su venta en pública subasta. Con respecto a la hipoteca flotante colectiva, alguna doctrina ya ha resaltado las dificultades de aceptar la idea de titularidad «en mano común»⁴³. También en ella la comunidad solo despliega sus efectos mediante el ejercicio del *ius distrahendi* (pues los coacreedores «usan» y «disfrutan» la hipoteca). Y en esa fase, como vemos, las cuotas ya están determinadas. Todo lo anterior nos lleva a concluir que el préstamo mancomunado es claramente una comunidad romana.

Solo la comunidad interna puede presentar notas que la asemejen a una comunidad germánica (principalmente, el compromiso de no vencer/ejecutar el préstamo de forma unilateral, para lo cual se establecen reglas de mayorías, o la unanimidad). Como vemos, estos pactos carecen de eficacia *erga omnes*, y los acreedores solo podrán hacer valer entre sí pactos indemnizatorios ante su incumplimiento (que podrán ser modulados por los tribunales). Coincidimos con GARCÍA GARCÍA (2006, 454) —no quien humildemente escribe estas

páginas, sino el insigne civilista— en que no cabe admitir una comunidad en mano común en nuestro Derecho fuera de los casos legalmente reconocidos⁴⁴, pero matizamos: no cabe que estas comunidades en mano común desplieguen efectos frente a terceros, sino solo obligacionales entre las partes.

4. ARGUMENTO «A CONTRARIO»: EL RETRACTO DE COHEREDEROS

La STS 214/1998 de 3 de marzo dejó claro que el retracto de comuneros y el de coherederos no son instituciones fungibles e intercambiables, pero sí responden a una misma idea fundamental, inspirándose el segundo en el primero.

El retracto de coherederos se regula en el artículo 1067 del Código civil: «*Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber*».

Este precepto hace referencia a una situación anterior a la partición de la herencia, es decir, vigente la comunidad hereditaria. Por tanto, existe al menos un tipo de comunidad germánica de origen legal para la que se reconoce un derecho de retracto sobre la cuota abstracta en la herencia del heredero que enajena su derecho⁴⁵.

Observamos como el carácter germánico de una comunidad no necesariamente implica que a sus miembros no les asista un derecho de retracto ante la venta de la cuota de un comunero. También que, incluso en las comunidades legales que la doctrina clasifica como germánicas es posible hablar, en última instancia, de cuotas a favor de los comuneros. Razones todas para convenir con LACRUZ en la debilidad de la comunidad germánica como construcción doctrinal.

V. FUNDAMENTO DE LA INEXISTENCIA DEL RETRACTO DE COACREEDORES

1. RECAPITULACIÓN

En los apartados anteriores he expuesto mi posición según la cual:

I. La comunidad externa en un préstamo mancomunado es la única que tiene eficacia frente a terceros, y esta es indudablemente de tipo romano.

II. La comunidad interna podría llegar a asimilarse en algunos aspectos a una comunidad germánica, pero no tiene efectos *erga omnes*. Además, el hecho de que una comunidad sea de tipo germánico no necesariamente excluye el re-

tracto (la ley prevé el retracto de coherederos sobre la cuota-parte del heredero que enajenare esta a un extraño).

III. A falta de especificación de cuotas en el derecho real de hipoteca, el principio de accesoriadad impone que dichas cuotas, salvo pacto en contrario, deben coincidir con la participación de cada acreedor en el crédito garantizado, existiendo siempre cuotas determinadas (o determinables, en la hipoteca flotante).

De todo ello se podría concluir que a los acreedores en un préstamo hipotecario en mano común les asiste un derecho de retracto para el caso de que un coacreedor enajene su cuota-parte en el crédito (y, por consiguiente, en la hipoteca). En el siguiente apartado, explicaré las razones por las que, en mi opinión, la ley no ampara dicho retracto.

2. EL CONCEPTO DE «BIEN» O «COSA» COMO OBJETO DEL RETRACTO

A. *El texto del artículo 1522 del Código civil*

El artículo 1522 del Código civil, señala que *«1. El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenarse a un extraño la parte de todos los demás condueños o de alguno de ellos. 2. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, solo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común»*.

VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009) ha señalado la conveniencia de que los acreedores pacten expresamente la existencia del retracto en el título constitutivo si tal es su voluntad, *«pues a falta de pacto expreso, es dudoso, dada la especial naturaleza del derecho real de hipoteca [...] que dicho derecho exista con base en la aplicación analógica del artículo 1522 del Código civil»*⁴⁶.

Ciertamente, no parece que ese sea el espíritu del Código civil.

B. *«Cosa» y «derecho»*

El profesor RUIZ DE HUIDOBRO (2008, 374-375) ha distinguido, a través de una interpretación sistemática del Código civil, entre los conceptos jurídicos de «cosa» (o «bien») y «derecho»:

«En el lenguaje corriente, el concepto de «bien» (cualquier ente valioso) es mucho más amplio que el de «cosa» (ente material y tangible, de la naturaleza exterior). Se ha intentado trasladar esa distinción al ámbito jurídico, originándose múltiples criterios de distinción. En nuestra opinión, los esfuerzos son baldíos, si se tiene en cuenta que el Código civil habla indistintamente de

bienes y cosas (cfr. arts. 333, 336, 338, 346, 1271 y 1936 CC). Por tanto, no puede afirmarse que haya una distinción legal entre ambos. En lo que sigue, por coherencia, no se distingue entre cosa y bien.

En sentido técnico, «bien» y «derecho» son conceptos de orden diferente, autónomos y que expresan ideas distintas, aunque relacionadas: el bien es el objeto sobre el que recae el derecho. En general, cuando se alude a los derechos como algo distinto de los bienes, es porque se habla ya de los derechos distintos al de propiedad, es decir, a los derechos reales limitados (por ejemplo, el usufructo [o la hipoteca —el añadido es nuestro], ya de los derechos de crédito, es decir, los que posibilitan a su titular el exigir una prestación a otra persona [como sucede en el préstamo— el añadido es nuestro]. De hecho, existen textos legales que distinguen entre ambos conceptos (cfr. arts. 392, 609, 1024.1º, 1346 CC)⁴⁷.

Como vemos, uno de los preceptos citados por el autor es el artículo 392 del Código civil. El Código civil admite la existencia de comunidades de bienes y de comunidades de derechos. En cambio, el artículo 1522 del Código civil habla exclusivamente del retracto sobre «la cosa común» y no sobre «el derecho». El legislador parece estar pensando en comunidades de «cosas» (de «bienes») y no de derechos. Dicho de otro modo, el retracto de comuneros opera únicamente en aquellas situaciones en que los comuneros ostentan un derecho de propiedad sobre un bien material concreto. Esta interpretación parece venir avalada tácitamente por la doctrina más autorizada que ha abordado el tema. Por todos, BERGEL SÁINZ DE BARANDA (2010, 1689), quien distingue entre retracto sobre bienes muebles e inmuebles, pero nunca sobre «derechos»⁴⁸.

C. Fundamento del retracto de comuneros

La anterior interpretación se ve robustecida por la ubicación del artículo 1522 del Código civil dentro del Capítulo VI del Título IV del Libro IV del Código civil. Esto es, dentro del régimen de la compraventa (cuyo objeto son las cosas materiales y tangibles), por contraposición a la transmisión de créditos y otros derechos incorporales, regulada en un capítulo posterior (el VII, en los arts. 1526 a 1536 CC)⁴⁹.

El fundamento del retracto lo hallamos en la STS de 22 de octubre de 2007 (retracto de coherederos): «Como ha señalado, entre otras, la sentencia de esta Sala de 24 de enero de 1986, con remisión a la de 28 de diciembre de 1963, “el derecho de retracto regulado en el artículo 1522 del Código civil, de antigua raigambre en nuestra legislación —Partida 5.ª, título 5.º, Ley 55 y Ley 75 de Toro—, tiene por finalidad esencial evitar en lo posible el fraccionamiento de la propiedad en porciones o cuotas ideales y lograr su consolidación en un solo titular para evitar los efectos antieconómicos de la desmembración dominical y

los conflictos que en cuanto a su administración y disfrute suelen surgir entre los condueños; o en otros términos, la función económico-social que en el supuesto de comunidad cumple el retracto es la de disminuir el número de partícipes y aún eliminar, en último extremo, tal estado de pluralidad subjetiva”». El Alto Tribunal señala la necesidad de aplicar el retracto con criterio restrictivo (STS de 29 de mayo de 2006): «El ejercicio de la acción de retracto legal está sujeto al cumplimiento de rigurosos requisitos acordes con la especial naturaleza de la institución que, en definitiva, supone una excepción al principio general de libertad de contratación [...] [E]stá afectando al derecho inicial que ha de reconocerse a todo vendedor en orden a elegir la persona del comprador a quien desea transmitir la propiedad del bien de que se trate». Más tajante se mostró, por su parte, la DGRN en su resolución de 13 de febrero de 1980, que atribuye al retracto un «carácter restrictivo y odioso». Por su parte, la STS 724/2013, de 18 de noviembre pone de relieve que el retracto de comuneros responde al criterio del Derecho romano que considera antieconómicas y perjudiciales las situaciones de comunidad.

En nuestro caso no hay tal desmembramiento de la propiedad. La antieconomicidad (si el palabro es admisible) propia del fraccionamiento del dominio cobra sentido respecto de los «bienes» o «cosas», no de derechos de crédito (máxime cuando estos operan en la práctica como créditos individualizables en cuotas de participación, como hemos apuntado).

D. Interpretación teleológica: el debate en torno a los requisitos para el retracto

La mayor parte de la doctrina entiende que la consumación de la venta del objeto (mediante la *traditio*) es requisito necesario para ejercitar el retracto⁵⁰. Son mayoritarias las resoluciones del Tribunal Supremo en ese sentido, frente a las que solo exigen la perfección de la venta⁵¹. Con independencia de cuál de las dos tesis sea la acertada, la existencia de este debate es reveladora: la separación temporal entre perfección y consumación (esta última, el momento en que produce la entrega del objeto de la compraventa mediante la *traditio*) indica que el retracto está concebido para la transmisión de la propiedad (o, si se quiere, aunque esto sería discutible, también de otros derechos reales). En su estudio sobre la adquisición de la propiedad, GASPAS LERA (2017, 36) deja claro que la cesión de créditos, pese a su finalidad traslativa, no requiere los presupuestos que la ley impone para la adquisición por tradición: «tanto el acuerdo de cesión como la transmisión de un derecho de crédito aparecen indisolublemente unidos, sin que sea necesario un específico acto traslativo para que se produzca la adquisición del crédito. La concurrencia del consentimiento de cedente y cesionario convierte a este último en titular del crédito

frente al deudor y frente a terceros. No hace falta ni siquiera la notificación al deudor, que no es elemento constitutivo de la efectiva transmisión sino de la eficacia liberatoria en caso de pago a tercero»⁵². Para los créditos hipotecarios, ello debe entenderse sin perjuicio del otorgamiento de escritura pública como requisito para la efectiva cesión de la hipoteca como exige el artículo 149 LH. Sin embargo, esta exigencia de forma pública y de inscripción registral no constituye en puridad un acto de *traditio*, sino un requisito para que el nuevo acreedor pueda ejercitar sus derechos hipotecarios⁵³: la cesión del crédito con el acuerdo traslativo (que puede formalizarse en documento privado) ya produce efectos reales, pues el cedente deja de ser acreedor material, y carece de legitimación para el ejercicio de la acción hipotecaria, aunque continúe figurando en el Registro como titular de la hipoteca hasta la inscripción de la cesión⁵⁴. La escritura e inscripción posterior «completan» la posición del cesionario como nuevo acreedor hipotecario.

Parte de la doctrina ha propuesto la aplicación del artículo 1464 del Código civil, que regula la tradición de bienes incorporales por medio de escritura o de la entrega del título representativo, para considerar cumplida la transmisión del crédito. No obstante, como señala GASPARD LERA (2017, 36-37) «el Tribunal Supremo se ha pronunciado en no pocas ocasiones en el sentido de considerar que la cesión no requiere un acto dispositivo distinto [del] acuerdo entre cedente y cesionario».

Dado que el retracto (en su doble modalidad de tanteo y retracto) parece exigir un acto traslativo (o, al menos, un acto para cuya consumación es precisa dicha *traditio*), considero que este es un motivo adicional para concluir que el retracto de comuneros no se concibe para derechos de crédito.

Por último, debe tenerse en cuenta el principio de tipicidad: la ley debería prever expresamente el retracto de coacreedores, más aún cuando el retracto es una institución que ha de usarse de forma restrictiva. Siguiendo con el hilo argumental del retracto de coherederos, este último existe porque así lo prevé el artículo 1067 del Código civil, pero no puede deducirse directamente del retracto de comuneros del artículo 1522 del Código civil como una modalidad *sui generis* del mismo. En primer lugar, por la ubicación sistemática disímil de ambos preceptos, y en segundo, porque el último se refiere a la propiedad sobre cosas tangibles, mientras que el retracto de coherederos se ejercita sobre una cuota abstracta de la herencia, aunque esta no se haya concretado todavía en bienes o derechos determinados.

En conclusión: aunque el Derecho común contempla posibles situaciones de comunidad respecto de derechos de crédito, no existen retractos legales sobre los mismos⁵⁵ (en mi opinión, tampoco sobre derechos reales limitados, distintos de la propiedad sobre bienes o cosas). Como única excepción —y por disposición expresa del Código civil—, el retracto de coherederos se ejercita sobre una cuota ideal en la herencia yacente. Pero el retracto legal de comuneros recae nece-

sariamente sobre bienes o cosas pertenecientes a la realidad sensible, mientras que conceptos como «derecho» o «crédito» solo existen en el mundo inteligible.

3. LA ACCESORIEDAD DE LOS DERECHOS DE GARANTÍA

En contra de lo antes expuesto, el interesado en el retracto podría alegar que realmente busca retraer la hipoteca, pues esta tiene «más fuerza» que el derecho de crédito, como si el derecho de garantía ejerciera una suerte de *vis atractiva* sobre el crédito. Esto es lo que parece dar a entender Aquiles en su demanda. Sin embargo, como adelantamos al analizar la ley aplicable, es la cesión del crédito la que determina la cesión de todos sus derechos accesorios (ex art. 1528 CC) y no viceversa. Como afirma LACRUZ BERDEJO (2009, 463) respecto de las garantías, *«La hipoteca participa de las circunstancias del crédito asegurado y sigue sus vicisitudes, como la sombra al cuerpo; si el crédito es nulo, también es nula la hipoteca; si aquel es condicionado, la hipoteca no nace como actual hasta que, cumplida la condición suspensiva, nazca el crédito; cuando se extingue por cualquier causa el crédito, se extingue la hipoteca; [...] tampoco puede enajenarse la hipoteca si no es con el crédito mismo»*³⁶. En la misma línea, el Tribunal Supremo estableció en su sentencia 148/2003, de 25 de febrero: *«Como principio general, según considera la doctrina científica, en la cesión del crédito hipotecario existe, de una parte, la de un derecho obligacional o personal, integrado por el crédito, y de otra, la de un derecho real constituido en garantía de aquel, es decir, la hipoteca, de modo que la cesión ha de comprender ambos componentes y, por ello, el objeto de la cesión es la suma de los dos; así, no cabe la cesión del crédito sin ceder el derecho real de hipoteca, pues, dado el principio de accesoriidad de la hipoteca, la cesión del crédito comprende la de sus garantías, según dispone el artículo 1528 del Código civil»*.

Es erróneo sostener que la hipoteca puede retraerse y que ello da lugar al retracto sobre el crédito, o que ambas cosas se producen *eodem tempore*, en plano de igualdad ontológica. El orden correcto (aun cuando se produjeran en unidad de acto) debería ser ejercer el retracto sobre el crédito, y, solo de forma accesoría, retraer la hipoteca. Puesto que, como hemos concluido, no es posible retraer derechos de crédito, no puede retraerse la hipoteca de manera autónoma, ni pretender que un retracto sobre la hipoteca «arrastre» al crédito. Igual que el derecho de crédito (elemento principal de la relación) determina la ley aplicable, también determina que no exista retracto (pues este debería ejercitarse sobre el crédito en un primer nivel, como condición necesaria para retraer la hipoteca).

Por supuesto, queda a salvo la facultad de las partes de configurar retractos convencionales sobre créditos hipotecarios, tal y como apunta VALERO FERNÁNDEZ-REYES (2009), con fundamento en el artículo 1255 del Código

civil. El retracto convencional deberá pactarse en la escritura de constitución del préstamo hipotecario o en cualquiera de sus novaciones, para que tenga eficacia *erga omnes* (y pueda por tanto ser ejercitado).

4. INEXISTENCIA DE RETRACTO BAJO LA LEY CATALANA

A. *La regulación de la comunidad en el Código civil de Cataluña*

La demandante busca la aplicación de la ley foral catalana dado el plazo más generoso para ejercitar el retracto (tres meses desde el momento en que tengan conocimiento de la enajenación, o desde la fecha de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la transmisión), frente a los nueve días que el Código civil concede al retrayente. Ya hemos dicho que no resulta aplicable a nuestro caso la ley catalana. No obstante, para el supuesto de que se entendiera de aplicación la *lex rei sitae* (que, insisto, no existe aquí, pues lo que se pretende retraer no es un objeto material que justifique la aplicación de la regla del art. 10.1 CC), expondré mi tesis según la cual en Derecho catalán tampoco existe un retracto de co-acreedores.

Señala el artículo 551-1 CCCat (*Situaciones de comunidad*): *1. Existe comunidad cuando dos o más personas comparten de forma conjunta y concurrente la titularidad de la propiedad o de otro derecho real sobre un mismo bien o un mismo patrimonio.*

La sentencia 75/2016 del TSJ de Cataluña, de 29 de septiembre declara que la tradición jurídica catalana busca la concentración de la propiedad en la comunidad ordinaria indivisa. Señala el Tribunal que el Derecho civil catalán establece los derechos de tanteo y retracto para situaciones de comunidad indivisa cuando se produce una transmisión onerosa a favor de terceras personas ajenas a la comunidad, salvo que se hubiera pactado lo contrario en el título de constitución⁵⁷.

Si recurrimos al argumento sistemático (como hemos hecho antes con la ubicación del retracto legal en el Código civil) tenemos que tanto las situaciones de comunidad como el retracto en Derecho civil catalán se regulan en el Libro V del CCCat, relativo a los derechos reales. Esto es una primera señal de que, como sucede en Derecho común, la ley catalana limita el retracto a los derechos reales sobre bienes, sin que sea extensible a los derechos de crédito.

Es decir, en Derecho civil catalán, las situaciones de comunidad únicamente se dan respecto de derechos reales homogéneos entre sí, tal y como se desprende del texto literal del artículo 551-1 CCCat y como estableció la SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2011: *«El mismo artículo 551.1 CCCat establece que “comportan la titularidad de la propiedad ‘o’ de otro derecho real”. Es decir, la comunidad se produce entre derechos de naturaleza homogénea: dos*

titulares de la propiedad pueden formar comunidad y dos titulares de un mismo derecho real limitado (por ejemplo, usufructuarios) también pueden formar comunidad, pero no existe comunidad entre derechos heterogéneos, es decir, entre la propiedad y un derecho real limitado o entre derechos reales limitados de diferente naturaleza».

Al igual que sucede en Derecho común, la comunidad catalana es una situación de hecho, que nace como resultado de la adquisición de la propiedad u otros derechos reales limitados. Así, el artículo 552-2 CCCat establece que «*La comunidad puede constituirse mediante: [...] Negocio jurídico, ya sea por adquisición conjunta por más de una persona de la propiedad o el derecho real sobre el que recae, o por enajenación de una parte indivisa con reserva de otra parte [...]*».

B. La naturaleza del retracto de comuneros bajo la ley catalana

Sentado lo anterior, analicemos el artículo 552-4 CCCat (eje principal de la pretensión del deudor). Dice así: «*1. La enajenación a título oneroso de cotitulares a favor de terceras personas ajenas a la comunidad, salvo que en el título de constitución se haya pactado de otro modo, otorga a los demás el derecho de tanteo para adquirirlo por el mismo precio o valor y en las condiciones convenidas con aquellas [...]*». En la medida en que, para el ejercicio del derecho de retracto se exige una «*enajenación del derecho de cotitulares a favor de terceras personas ajenas a la comunidad*», y puesto que las comunidades indivisas en Derecho catalán únicamente se pueden constituir sobre derechos reales, el derecho de retracto bajo el CCCat solo existe en la transmisión de derechos reales.

Como vemos, también la ley catalana exige un acto de *traditio*, propio de la transmisión de derechos reales. Siguiendo a MONSERRAT VALERO (2010, 1125-1127), «*parece que la solución adoptada por el legislador catalán para los derechos de adquisición voluntaria es que el retracto solo se puede ejercer una vez realizada la tradición. Las definiciones legales de retracto y tanteo dan pie para mantener esta tesis. Según el 568-1.1 c), el retracto faculta a subrogarse en el lugar del adquirente una vez ha tenido lugar la transmisión. Parece que se refiere a la transmisión del derecho. Según el 568-1.1 b), el tanteo faculta a adquirir un bien en las mismas condiciones pactadas con otro adquirente, pacto que es el contrato de enajenación; según el 568-14.4 y 568-15.1, el propietario ha de notificar al tanteante el acuerdo transmisivo, es decir, el contrato de enajenación ya celebrado. De lo anterior deriva que el tanteo se ejerce cuando el contrato ya se ha celebrado, por lo que el retracto habrá de ejercerse después de la consumación del contrato mediante la tradición. Así lo entiende la doctrina*»⁵⁸.

El carácter accesorio de la hipoteca y su distinción respecto del crédito tampoco son dudosos en Derecho catalán. Señala DEL REY BARBA (2017, 1489): «*La hipoteca tiene carácter accesorio respecto de la obligación que garantiza. Existe íntimamente ligada al crédito para cuya seguridad se constituye: necesita, para su existencia, que la obligación que garantiza exista y sea válida, sigue todas sus vicisitudes y no puede corresponder a persona distinta del titular del crédito garantizado, ni transmitirse independientemente de dicho crédito*»⁵⁹. También, pues, en Derecho catalán, el objeto del retracto habría de ser un derecho de crédito, y solo de forma accesorio, el derecho de hipoteca.

Una interpretación hermenéutica del CCCat ha de concluir que este solo prevé el retracto sobre derechos reales (en principio, sobre cualquier tipo de derecho real, no solo sobre el derecho de propiedad —como, a mi modo de ver, sucede en Derecho común—). No cabe, pues, el retracto de comuneros sobre derechos de crédito bajo la ley catalana.

5. OTROS ARGUMENTOS EN CONTRA DE LA EXISTENCIA DE RETRACTO

A. *La ruptura de la comunidad interna y la doctrina de los actos propios*

La estipulación 8ª establecía que la cuota de préstamo correspondiente a cada entidad se había de mantener durante toda la duración del mismo en la indicada participación. Sin embargo, Aquiles ha adquirido dos tercios del préstamo, rompiendo de este modo el equilibrio comunitario y los pactos alcanzados por los comuneros originales. Es la demandante quien, en primer término, ha desvirtuado la comunidad.

Además, revisando las escrituras de cesión tanto de Banco 1 como de Banco 2 a favor de Aquiles, resulta que las partes no hicieron mención a ningún derecho a favor de terceros (como habría sido lógico de haber considerado que los demás acreedores tenían un derecho de retracto a su favor). Tampoco notificaron la transmisión a los demás acreedores.

La STS de 5 de junio de 2001 señala: «*tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Tribunal considera que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos*».

Ciertamente parece contrario a los actos de Aquiles que este reivindique un derecho que en su día parecía no reconocer a los demás acreedores, más aún cuando los pactos de la comunidad originaria se han visto desvirtuados por la acción de la demandante.

B. Analogía con el llamado «retracto» anastasiano y el retracto arrendaticio

El Código civil no prevé supuestos de exclusión del retracto de comuneros. Sin embargo, para el llamado «retracto» de créditos litigiosos del artículo 1535 del Código civil, sí se prevén excepciones en el artículo 1536 del Código civil. Además, aunque no existe una previsión legal que excluya el retracto de créditos litigiosos cuando estos se han adquirido como una universalidad, la jurisprudencia sí ha declarado que no existe derecho a cancelar el préstamo cuando este se adquiere por sucesión universal y no a título singular (v.g., STS de 1 de abril de 2015, para un supuesto de traspaso como consecuencia de una segregación *ex* artículo 71 de la Ley de Modificaciones Estructurales). Posteriormente, algunos tribunales han declarado que las ventas de carteras de créditos por precio alzado, pese a no tratarse estrictamente de supuestos de sucesión universal, tienen la consideración de cesión global a efectos del artículo 1532 del Código civil y, por consiguiente, no cabe el retracto anastasiano (cfr. SAP Madrid 445/2016, de 23 de diciembre). Esto se ajusta a la naturaleza de estas ventas, en las que no solo no se negocian condiciones individuales para cada uno de los elementos que forman la universalidad transmitida, sino que incluso el Código civil excluye la obligación de saneamiento salvo cuando esta afecta a la globalidad de derechos transmitidos⁶⁰.

Por otra parte, el artículo 25.7 de la Ley de Arrendamientos Urbanos dispone que no ha lugar a los derechos de tanteo y retracto arrendaticio cuando la vivienda se enajena junto con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen parte del mismo inmueble, o bien cuando se vendan de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos o locales del inmueble.

Pese a ser este un argumento *contra legem* (y que, como ya hemos dicho, no se puede considerar retracto a la facultad del deudor prevista en el art. 1535 CC), de los ejemplos anteriores se colige la necesidad de circunscribir el retracto a las transmisiones a título singular de activos específicos. Es difícil aceptar que un deudor o un coacreedor puedan cancelar o retraer créditos singulares que se han vendido como parte de una cartera, como es nuestro caso, pues la transmisión del crédito que se pretende cancelar o retraer, respectivamente, se ve diluida en el marco causal del negocio de la venta en globo.

VI. CONCLUSIONES

I. En caso de que un coacreedor pretenda ejercitar un derecho de retracto frente al cesionario de un crédito, será de aplicación la ley a que las partes hayan sometido el contrato de préstamo, conforme al artículo 10.5 del Código civil, y no la ley del lugar en que radique el bien hipotecado.

II. La comunidad formada por los distintos acreedores en un préstamo mancomunado no es de tipo germánico: cada acreedor puede ceder libremente su cuota a un tercero y cualquier coacreedor puede ejecutar la hipoteca ante el incumplimiento de las obligaciones garantizadas (tanto por la totalidad del crédito, en beneficio de todos los acreedores, o bien solo por su cuota). Todo ello sin perjuicio de los pactos a los que puedan llegar los acreedores, que tendrán validez entre ellos, nunca frente a un cesionario. Por otra parte, el carácter germánico de una comunidad no implica que no exista derecho de retracto (pues la comunidad hereditaria es de tipo germánico y sin embargo sí prevé dicho retracto).

III. Cada acreedor es titular de una cuota ideal en el crédito mancomunado (en puridad, de un crédito), al cual corresponde una cuota abstracta en la hipoteca, proporcional a la participación en el crédito total. Por tanto, no es necesario fijar cuotas conforme al artículo 54 RH (salvo que las partes deseen alterar la proporción, atribuyendo cuotas distintas en la hipoteca, lo cual sería perfectamente admisible). En el caso particular de la hipoteca flotante en mano común, la cuota en la hipoteca se determina una vez fijados el saldo total exigible y la parte que corresponde a cada acreedor, en función del porcentaje que sus créditos representen sobre la deuda total. Por tanto, existe una situación de pendencia respecto del derecho real de hipoteca hasta que este puede «usarse». No es posible determinar las cuotas en el momento de la constitución, pero ello no implica una cotitularidad germánica sobre la hipoteca flotante. La única implicación práctica de la unicidad de la hipoteca «en mano común» (por oposición a la pluralidad de créditos garantizados) es que el artículo 227 RH no es aplicable en la ejecución, y por tanto no subsiste el gravamen por la parte no ejecutada.

IV. El retracto implicaría necesariamente, en un primer nivel, retraer el derecho de crédito garantizado, y solo de forma accesorio la cuota de la hipoteca que lo garantiza.

V. A los acreedores no les asiste derecho de retracto ante la cesión del crédito por uno de ellos a un tercero, porque el retracto de comuneros únicamente es sobre bienes materiales, y nunca sobre derechos de crédito, tanto en Derecho común como en Derecho foral catalán. En este último podría defenderse la existencia de retracto sobre derechos reales limitados, pero en ningún caso respecto de la hipoteca, pues el carácter accesorio de esta impondría la necesidad de retraer en primer lugar el crédito subyacente.

VI. Los acreedores tienen la posibilidad de configurar un derecho de retracto convencional sobre las distintas cuotas en el crédito hipotecario, que habrá de constar en escritura pública.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AZOFRA VEGAS, F., OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M., y ALONSO LAPORTA, J.L. (2011). Hipotecas en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 725.
- BADOSA COLL, F. (2013). La cotitularidad de la hipoteca en garantía de una pluralidad de créditos pertenecientes a distintos acreedores. Una utilización del artículo 153 bis LH. En *VVAA: Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, Dykinson.
- BAYOD LÓPEZ, C., DELGADO ECHEVERRÍA, J.D., y SERRANO GARCÍA, J.A. (2015). Comentario al artículo 585. En *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, Dykinson.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954). La comunidad de bienes en Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, 1954.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros (2013). *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y. (2010). Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 720.
- CARRASCO PERERA, A. (2018). Conflicto de leyes interregionales y ley aplicable al retracto o redención de créditos cedidos. *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, abril de 2018.
- CORDERO LOBATO, E. (2008). El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor! *Diario La Ley*, nº 6988, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 14 de julio de 2008.
- CORDÓN, F. y otros (2011). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Aranzadi.
- CRESPO ALLUÉ, F. (2015). Venta por un coheredero, ¿venta de cosa ajena? Criterios jurisprudenciales, en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Wolters Kluwer.
- DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1963). *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. 50-vol I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2008). *Dies a quo* del plazo de caducidad de la acción de retracto. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 709, septiembre-octubre de 2008.
- DEL REY BARBA, S. (2017). *Derechos reales de Cataluña. Comentario al Libro Quinto*, Barcelona, Atelier.
- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. (2011). Comentario al artículo 695. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y otros, Madrid, Civitas.
- FAUS, M. (2015). Retracto de Comuneros. *Práctico Vlex*. [En línea], disponible en <http://vlex.com/vid/retracto-comuneros-415989474>
- FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (2001). *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium Editores.
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745.
- GARCÍA GARCÍA, A. (2018). Los problemas del «law shopping» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, nº 9127, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2006). *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Cizur Menor; Navarra, Thomson-Civitas, 5ª edición.

- GASPAR LERA, S. (2017). *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.
- JORDANO FRAGA, F. (1999). Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 653.
- JURADO JURADO, J.J. (2001). *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados*, Madrid, Editorial Bosch, 2ª edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1991). *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 2ª edición.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2009). *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. Volumen II. Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad*. Madrid, Dykinson, tercera edición.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2008). *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*, Dykinson.
- MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2017). La acción de retracto, análisis tras la STS 6 abril 2016. Lefebvre - El Derecho [En línea]. Tribuna, 10 de abril de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-de-retracto-analisis-tras-la-sts-6-abril-2016>
- MOCHALES BLANCO, A. (2013). La oposición por motivos procesales en la ejecución hipotecaria (Comentario a los Autos del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid, especializado en asuntos hipotecarios, de 15 de noviembre de 2011 y 11 de diciembre de 2012). *Práctica Contenciosa para Abogados*, edición nº 1, Editorial La Ley.
- MONSERRAT VALERO, A. (2010). Los derechos voluntarios de adquisición en el Código civil de Cataluña: clases y funcionamiento. *Anuario de Derecho Civil*. Núm. LXIII-3. Julio de 2010. Estudios Monográficos.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Dykinson, 2ª edición.
- ROCA SASTRE, R.M. (1947). Estudios de Derecho Privado, II, Madrid, *Revista de Derecho Privado*.
- (1968). *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch, 6ª edición.
- RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2008). *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Madrid, Dykinson.
- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009). La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos. En *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Madrid 30 de marzo y 1 de abril de 2009.
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1969). Esencia y Principios del Derecho Civil Foral. Ponencia publicada en *Verbo*, nº 561-562, enero-febrero de 2018, Fundación Speiro.
- VÁZQUEZ BARROS, S. (2009). *Retracto convencional y legal*. Vlex.
- VV.AA. (2016). *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 13 de febrero de 1980
- RDGRN de 18 de mayo de 1983

- STS de 11 de junio de 1991
- STSJ de Cataluña de 1 de junio 1993
- RDGRN de 23 de marzo de 1994
- STS de 25 de febrero de 1998
- STS de 3 de marzo de 1998
- STS de 14 de noviembre de 1998
- RDGRN de 28 abril de 1999
- STS de 14 de febrero de 2000
- RDGRN de 25 de mayo de 2000
- STS de 5 de junio de 2001
- RDGRN de 10 de febrero de 2003
- STS de 25 de febrero de 2003
- STS de 29 de mayo de 2006
- STS de 22 de octubre de 2007
- SAP de Vizcaya de 5 de noviembre de 2010
- RDGRN de 8 de junio de 2011
- SAP de Barcelona de 19 de octubre de 2011
- STS de 28 de marzo de 2012
- STS de 18 de noviembre de 2013
- STS de 1 de abril de 2015
- STSJ de Cataluña, de 29 de septiembre de 2016
- SAP de Madrid de 23 de diciembre de 2016
- SAP de Madrid de 21 de abril de 2017
- Resolución Vinculante V1771-17 de la Dirección General de Tributos de 7 de julio de 2017
- STS de 21 de noviembre de 2017
- RDGRN de 20 de abril de 2018
- RDGRN de 5 de septiembre de 2018
- STS de 16 de octubre de 2018

NOTAS

¹ De acuerdo con las cifras del informe «*European Distressed Real Estate Market*» publicado por Evercore Real Estate Europe, en 2017 en España se vendieron préstamos *NPLs* con un saldo vivo agregado por encima de los 30.000 millones de Euros (a lo cual contribuyó la venta de gran parte del balance de Banco Popular). En 2018, la cifra ha estado por encima de los 18.000 millones (lo que supone un volumen de ventas superior a cualquiera de los ejercicios anteriores a 2017).

² Se reproducen de forma que concuerden en lo sustancial, omitiendo datos identificativos de las partes y otros que carecen de trascendencia para el objeto de estudio.

³ Alguna doctrina ha querido ver una distinción entre la cesión de crédito y la cesión de posición contractual. Bajo mi punto de vista, ambos conceptos son unívocos en un contrato de préstamo mutuo cuando el capital comprometido por el acreedor-cedente está totalmente desembolsado (y por tanto no quedan obligaciones a cargo de la parte acreedora). Para un análisis más detallado de la cuestión, cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2016): *La cesión de créditos en el derecho español*. En VVAA; *Manual de Compra de Deuda en España*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, (33-86).

⁴ Pese a que hemos tomado el Derecho catalán como hilo conductor del artículo, la tesis que aquí se sostiene para la determinación de la ley aplicable debería ser extrapolable a cualquier territorio con Derecho civil foral, entendido como aquel sistema de Derecho civil distinto del Derecho común. Soy consciente de la imprecisión técnica que supone aplicar el término «foral» al Derecho civil catalán. En mi descargo, invoco la ponencia del profesor VALLET DE GOYTISOLO en las I Jornadas Culturales Catalanas (1969), cuyas actas fueron recogidas en el volumen *Los Fueros Catalanes* (Sevilla 1973). El profesor señala: «*Es cierto que, si bien la Compilación vizcaína se intitula del “Derecho foral...” y los proyectos navarros emplean en cabeza la palabra Fuero, por otra parte, las Compilaciones catalana y balear se autotitulan del “Derecho civil especial...” y la aragonesa únicamente se denomina “Compilación del Derecho civil de Aragón”, con exclusión de todo calificativo para su Derecho civil. Sin embargo, se ha impuesto el uso de la denominación Derecho foral con ese significado distinto que a partir de la obra codificadora abarca los Derechos civiles no integrados en el Código civil, y que son los correspondientes a antiguos Reinos, Principado, Señorío, Comarcas, Diócesis, Ciudades o Villas incluidos en las actuales regiones y territorios que por eso mismo se han denominado más o menos impropriadamente de Derecho foral*» (VALLET DE GOYTISOLO, J. (1969): *Esencia y Principios del Derecho Civil Foral*. Ponencia publicada en *Verbo*, nº 561-562, enero-febrero 2018, Fundación Speiro (89).

⁵ En este trabajo no trataré el *dies a quo* en el ejercicio del retracto, ni la naturaleza del plazo (caducidad o prescripción), asuntos ambos con suficiente enjundia como para ser objeto de un estudio separado. Ambas cuestiones han inspirado varios trabajos. Entre ellos, cfr. DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2008): *Dies a quo del plazo de caducidad de la acción de retracto*. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 709, septiembre-octubre de 2008 (2175-2177).

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y otros (2013): *Comentarios al Código civil*, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia (251).

⁷ CORDÓN, F. y otros (2011): *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo I, Aranzadi (1777): «*Cuando en aquellos escritos se falta a la claridad y precisión para la determinación de las partes o las pretensiones deducidas, se incurre en el defecto de demanda (o de contestación o reconvención) defectuosa. Defecto que en la audiencia previa habrá de ser subsanado bajo sanción, en su caso, de sobreseimiento del pleito*».

⁸ La reciente y controvertida STS 1505/2018 (Sala III), de 16 de octubre, contiene un interesante análisis sobre cómo la interpretación de los preceptos legales debe hacer prevalecer, en todos los sentidos, la parte principal del negocio (el préstamo), y desplazar a la parte accesoría (la hipoteca).

⁹ Así lo ha señalado el TSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sentencia de 1 de junio de 1993: «*Los conflictos interregionales de leyes que puedan surgir por razón de la*

coexistencia de diversos ordenamientos jurídicos incardinados en el ámbito estatal con motivo de las conexiones que puedan en un mismo hecho (*sic*), se tienen que resolver con carácter preceptivo teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: la competencia para definir las normas que deben dirimir los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de acuerdo, en este caso, con las normas del derecho foral o especial, corresponde al poder legislativo central que tiene, según lo que dispone el artículo 149.1.8º de la Constitución, atribución exclusiva en esta materia. La normativa estatal vigente al efecto se deriva del artículo 13.1 del Código civil, que expresa que las disposiciones del Título Preliminar del propio Código, en tanto que determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para aplicarlas, tendrán aplicación general y directa en toda España, y el artículo 16.1 del mismo cuerpo sustantivo que contiene la cláusula genérica, expresa de remisión a las normas de Derecho Internacional Privado que figuran en el Capítulo IV del citado Título Preliminar con las salvedades que este artículo contempla. Esto nos conduce preceptivamente a la aplicación de las normas que se especifican en el artículo 10 del Código civil y de los diferentes supuestos que el citado artículo enumera».

¹⁰ Pese a la entrada en vigor del Reglamento Roma I (que ha sustituido a los artículos 10.5 y 10.6 del Código civil y 1.4 del Estatuto de los Trabajadores en su ámbito de aplicación material), la doctrina es unánime: el artículo 10.5 del Código civil sigue siendo la regla aplicable a los conflictos internos entre regímenes jurídicos civiles coexistentes dentro del Estado (cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. y otros (2013): *Comentarios (op. cit.)* (285).

¹¹ CARRASCO PERERA, A. (2018): Conflicto de leyes interregionales y ley aplicable al retracto o redención de créditos cedidos. *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, abril de 2018 (5). Señala el autor, al hilo del retracto por el deudor cedido (el llamado «retracto» de créditos litigiosos del 1535 del Código civil y el previsto en la Ley 511 de la Compilación navarra): «Así, si el crédito subyacente está gobernado por la ley navarra, el deudor cedido dispondrá del retracto navarro sin importar qué ley regula las relaciones entre cedente y cesionario ni qué han pactado uno u otro. La solución me parece indudable, pero no óptima desde consideraciones de eficiencia del mercado de las cesiones. De esta manera, si se opera por cesiones globales, no existirá un régimen único aplicable a todos los créditos y el cesionario tendrá que hacer la debida averiguación de qué créditos están sujetos a qué regulación específica sobre redención o sobre retracto». Coincido con el autor, y, en ausencia de trabajos que hayan tratado la ley aplicable al retracto de coacreedores, creo que es admisible la analogía.

¹² Por otra parte, en el título constitutivo de la hipoteca, las partes pueden regular las condiciones en que se ejercita el retracto (incluso crear retractos de tipo convencional, o renunciar al retracto legal). No debería plantear dudas, por tanto, que la ley aplicable al título constitutivo es la que ha de regir el retracto ejercitado frente a un extraño.

¹³ FAUS, M. (2015): Retracto de Comuneros. *Práctico Vlex*. [En línea], disponible en <http://vlex.com/vid/retracto-comuneros-415989474>

¹⁴ MARTÍNEZ DEL TORO, S. (2017): La acción de retracto, análisis tras la STS 6 abril 2016. Lefebvre - El Derecho [En línea]. Tribuna, 10 de abril de 2017, disponible en: <https://elderecho.com/la-accion-de-retracto-analisis-tras-la-sts-6-abril-2016>

¹⁵ VÁZQUEZ BARROS, S. (2009): *Retracto convencional y legal*. Vlex.

¹⁶ AZOFRA VEGAS, F.; OLIVA DOMÍNGUEZ, J.M. y ALONSO LAPORTA, J.L. (2011): Hipotecas en mano común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 725 (1288).

¹⁷ Por excepción, la limitación de disponer sí podría inscribirse en los Registros de la Propiedad sitos en la Comunidad Foral de Navarra, gozando de eficacia real por un plazo máximo de 4 años (cfr. Ley 482 de la Compilación navarra).

¹⁸ Respecto de la hipoteca flotante, la mayor parte de la doctrina (y también la práctica registral) ve una restricción legal a la cesión en el artículo 153 bis LH, de forma que únicamente podrían ser cesionarias las entidades del artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. Aunque soy consciente de que se trata de una posición minoritaria, considero que los requisitos subjetivos previstos en el artículo 153 bis LH (bastante injustificados, por cierto) son, como de la propia ley se desprende, únicamente

a efectos de constituir la hipoteca. No encuentro ningún motivo legal ni de otro orden para vetar su cesión a terceros distintos de las entidades financieras relacionadas en la Ley 2/1981.

¹⁹ Destaca el trabajo de MOCHALES BLANCO, A. (2013): La oposición por motivos procesales en la ejecución hipotecaria (Comentario a los Autos del Juzgado de Primera Instancia nº 31 de Madrid, especializado en asuntos hipotecarios, de 15 de noviembre de 2011 y 11 de diciembre de 2012). *Práctica Contenciosa para Abogados*, edición nº 1, Editorial La Ley. En la misma línea, FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A. (2001): *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, Iurgium Editores (644), y JURADO JURADO, J.J. (2001): *Procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados*, Madrid, Editorial Bosch, 2ª edición (417). En contra, DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, I. (2011), Comentario al artículo 695. En *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS y otros, Madrid, Civitas (1177).

²⁰ Entre otras muchas: STS de 21 de noviembre de 2017: «establece el artículo 10 LEC que serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Esta sala, en sentencias núm. 989/2007, de 3 de octubre, núm. 460/2012, de 13 julio, y 511/2015, de 22 de septiembre, entre otras, ha afirmado que la figura doctrinal de litisconsorcio activo necesario no está prevista en la Ley y no puede equipararse al litisconsorcio pasivo necesario, impuesto en su acogimiento jurisprudencial incluso de oficio, en defensa del principio de que nadie puede ser condenado sin ser oído». STS de 14 de febrero de 2000, «la ausencia personal en la demanda que podría generar para quien accione en solitario o en compañía incompleta si —la presencia procesal del ausente fuese obligada en atención a la clase de aquella relación material debatida, una falta de legitimación activa, tal falta no tendrá lugar cuando el accionante tiene la facultad de serlo por ministerio de la ley— como ocurre con el comunero para accionar en lo que beneficia a la comunidad». STS de 25 de febrero de 1998: «no hay litisconsorcio activo necesario: nadie puede obligar a otro a que sea codemandante; distinto es el tema de los efectos de la sentencia, pero queda bien constituida la relación jurídica procesal en que uno o varios demandantes, con legitimación activa, como el presente caso, ejercitan una acción, sin que traigan, ni puedan traer, otros posibles interesados como codemandantes».

²¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2009): *Elementos de Derecho Civil. Derechos Reales. Volumen II. Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad*. Madrid, Dykinson, tercera edición (321).

²² AZOFRA y otros (2011) (*op. cit.*) (1313-1314).

²³ BADOSA COLL, F. (2013): La cotitularidad de la hipoteca en garantía de una pluralidad de créditos pertenecientes a distintos acreedores. Una utilización del artículo 153 bis LH. En VVAA: *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*. Madrid, Dykinson (828). Al tratar sobre el vencimiento y la ejecución de la hipoteca flotante, este autor señala que el saldo puede no ser el «final», sino parcial para uno o varios de los créditos.

²⁴ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1986): *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Madrid, Dykinson, 2ª edición (489-490).

²⁵ ROÇA SASTRE, R. M. (1968): *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Barcelona, Bosch, 6ª edición (560-576).

²⁶ CORDERO LOBATO, E. (2008): El doble filo de la hipoteca global: caveat creditor! *Diario La Ley*, nº 6988, Sección Doctrina, Wolters Kluwer, 14 de julio de 2008.

²⁷ El artículo 1860 del Código civil consagra la indivisibilidad del derecho real de hipoteca incluso cuando (como sucede en nuestro supuesto de hecho), el crédito subyacente se hubiera fraccionado en cuotas a favor de distintos acreedores. El artículo se refiere a las transmisiones *mortis causa*, pero el mismo principio de indivisibilidad debe entenderse aplicable respecto de actos *inter vivos*.

²⁸ Cfr. RRDGRN de 20 de abril de 2018 (para bien inmueble distinto de la vivienda habitual del deudor), y de 5 de septiembre de 2018 (para vivienda habitual).

²⁹ Nótese que las sucesivas reformas legislativas en materia de divorcio han ido aproximando la sociedad de gananciales a la comunidad romana: la disolución de la comunidad y su liquidación se hace depender de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar causa alguna. Se ha llegado a un régimen de disolución de la comunidad no muy distinto en la práctica del que establece el artículo 400 CC: «ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común». Para la sociedad de gananciales, en lugar de «en cualquier tiempo» sería «una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio», requisito que bajo ciertas condiciones ni siquiera es necesario (cfr. art. 81 CC).

³⁰ No hemos tenido en cuenta en esta enumeración los distintos tipos de comunidad reconocidos en los derechos forales, en algunos de los cuales la comunidad germánica sí goza de cierta presencia, sobre todo en el ámbito rural. El Código de Derecho Foral de Aragón («CDFA») prevé la llamada comunidad en mancomún, aplicable a un amplio número de mancomunidades aragonesas (art. 585 CDFA). También en la Ley 377 de la Compilación navarra se regulan estas situaciones. La doctrina ha señalado que tanto en el precepto aragonés como en el navarro (muy similares en su redacción) «se reflejan rasgos de la comunidad germánica, pero sin su pureza histórica, ya que no se permite ejercitar la acción de división, pero cabe el acuerdo unánime en contrario, y la imposibilidad de disposición unilateral no es absoluta sino sometida a la voluntad comunitaria. Ambos preceptos se refieren a la “parte” del comunero, lo que contradice la inexistencia de cuotas en la comunidad germánica pero es una indicación de la medida que corresponde a cada partícipe en caso de abandono o disolución de la comunidad» Cfr. BAYOD LÓPEZ, C.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.D. y SERRANO GARCÍA, J.A. (2015): Comentario al artículo 585. En *Comentarios al Código del Derecho Foral de Aragón. Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid, Dykinson.

³¹ El titular de un bien inmueble puede constituir una servidumbre sobre un predio sirviente en favor de otros predios colindantes, o de personas concretas, para hacer valer los pactos internos frente a terceros ajenos a la comunidad. El contenido del derecho de servidumbre, una vez inscrito, tendrá eficacia *erga omnes*. La confusión entre comunidad y servidumbre viene de antiguo, pues el artículo 390 del Código civil habla de la «comunidad de pastos» cuando en realidad se refiere a la servidumbre. No obstante, la servidumbre se sitúa en un plano distinto de la comunidad (la primera es un gravamen que recae sobre bienes inmuebles mientras que la segunda hace referencia a las relaciones entre una serie de personas físicas o jurídicas). La servidumbre no equivale a la comunidad, sino que (a) es una consecuencia de esta, i.e., los comuneros constituyen una servidumbre para hacer efectivos los pactos de la comunidad sobre un bien inmueble concreto (efectos que de otro modo la comunidad no tendría por sí misma), o bien (b) preexiste a la comunidad (v.g. varios titulares de predios dominantes y/o sirvientes reconocen una situación de hecho —una comunidad de derechos sobre fundos recíprocamente dominantes y sirvientes, de los cuales son titulares—). La servidumbre es autónoma respecto de la comunidad, y podría darse el caso de que aquella continúe en vigor una vez disuelta la comunidad.

³² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J. (1954): La comunidad de bienes en Derecho español. *Revista de Derecho Privado*, 1954 (110-112). LACRUZ BERDEJO va más allá, y llega a afirmar que la llamada «comunidad germánica» es una construcción que no se corresponde con ninguna comunidad que haya llegado a darse en la historia, sino que se trata de una «síntesis arbitraria realizada sobre los ordenamientos jurídicos de muchos pueblos en diversas épocas que carecen, además, de características comunes». En mi opinión, acierta el autor al apuntar que no existe ni ha existido nunca un «derecho germánico», sino más bien «ordenamientos, mal conocidos, de multitud de pueblos y tribus, de los cuales la doctrina extrapola unos rasgos más o menos comunes de tal modo que acaso el resultado de la extrapolación no coincida con ninguna normativa histórica», de manera que «la que propone la doctrina como “comunidad germánica” es una abstracción, un modelo teórico, pero no un instituto operante, en términos generales, en un tiempo y lugar determinados», cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. (1991): *Elementos de Derecho civil*, t. III, vol. 2º, Barcelona,

Bosch, 2ª edición (496 y 497). Para otros autores, como DE COSSÍO, carece de interés práctico calificar a las comunidades como romanas o germánicas, porque las escasas diferencias existentes en nuestro ordenamiento entre la una y la otra no afectan a la esencia de esas instituciones, cfr. DE COSSÍO Y CORRAL, A. (1963): *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, t. 50, vol. I, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid (37).

³³ Dada la opinión que tengo sobre la mancomunidad, el lector se preguntará qué ventajas tiene constituir una hipoteca en mano común en un caso como el que aquí se estudia. Es muy sencilla: con ello se evita pagar el AJD que devengaría una (o varias) escrituras de igualación de rango entre las hipotecas constituidas sobre un mismo bien inmueble a favor de cada acreedor. Esto es perfectamente lícito y se encuadra dentro de la economía de opción. Nótese que las consecuencias legales no son las mismas en un caso y en otro, como he expuesto antes en sede de ejecución unilateral por uno solo de los acreedores: en función de que optemos por una u otra alternativa será de aplicación o no el artículo 227 RH, subsistiendo o no los demás gravámenes. Si los acreedores quieren asegurarse de que la decisión de ejecutar se toma con unanimidad, paradójicamente, resultará más efectivo pactar un régimen de parciariedad con distintas hipotecas constituidas con igual rango (la opción fiscalmente más desfavorable). Con ello se desincentiva al acreedor disidente a ejecutar por libre (ya que, si no cuenta con la aquiescencia de los demás, se convertirá de hecho en un acreedor de segundo rango).

³⁴ AZOFRA y otros (2011) (*op. cit.*) (1289 y 1301). Según el autor, el artículo 54 RH «*solo resulta aplicable a aquellos casos en los que la finca o el derecho se encuentran divididos en porciones ideales o participaciones indivisas*», por lo que no sería aplicable al préstamo hipotecario en mano común.

³⁵ Aun cuando se trate de operaciones de refinanciación con todo el «*pool*» bancario en los que los créditos preexistentes son objeto de novación modificativa con pacto de sindicación, los créditos resultantes conservan su individualidad (aunque se pacte un periodo de «*standstill*» común a todos los créditos, o el ejercicio conjunto de los derechos y la canalización de pagos a través de un banco agente, etc.). Es por esto que no se exige pacto novatorio respecto de las obligaciones garantizadas por la hipoteca flotante.

³⁶ En la sociedad de gananciales se exceptúan de la regla general aquellos supuestos en que la ley o los tribunales confieran la administración de los bienes gananciales a uno solo de los cónyuges (arts. 1387 a 1389) y las liberalidades de uso (art. 1378 CC). Para la comunidad hereditaria, quedan a salvo las disposiciones testamentarias, que podrán atribuir la administración de la herencia a uno o varios herederos. Se admite la validez obligacional de la compraventa entre un coheredero y un tercero, en virtud de la cual aquel se obliga a transmitir el bien o derecho al segundo, una vez realizada la partición, o bien a recabar el consentimiento de los demás coherederos para la transmisión (cfr. STS de 28 de marzo de 2012, que establece la aplicación a estos casos de la dogmática propia de la compraventa de cosa ajena). Un estudio detallado de la jurisprudencia del TS en la materia puede verse en CRESPO ALLUÉ, F. (2015): *Venta por un coheredero, ¿venta de cosa ajena? Criterios jurisprudenciales*, en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Wolters Kluwer.

³⁷ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009): *La ejecución judicial de la hipoteca flotante: problemas prácticos*. En *Jornadas sobre la hipoteca ante la crisis económica*. Madrid 30 de marzo y 1 de abril de 2009 (457-508). En nuestro caso, el continente aparece indisoluble del contenido (pues los acreedores ostentan una cotitularidad sobre el derecho de crédito, que tiene su reflejo en la cotitularidad sobre la hipoteca). Aunque el TS ha admitido la posibilidad de que existan comunidades de derechos de crédito (STS de 14 de noviembre de 1998), la ausencia de un mancomún distinto de los propios comuneros podría justificar que en nuestro caso no existe auténtica comunidad (ni romana, ni germánica), sino varios acreedores con créditos e hipotecas *pari passu*, en garantía de tres créditos distintos, perfectamente individualizables. Esta conclusión no es descabellada. Retomando la terminología escolástica, en ausencia de *forma* (i.e. de un mancomún titular de los derechos de crédito con facultad de disposición exclusiva y excluyente), no existe verdadera *sustancia* (comunidad de derechos).

Sin embargo, sí existen diferencias entre mancomunidad y parciariedad: en primer lugar, en el ámbito de las relaciones internas entre los acreedores, y, en segundo, como hemos avanzado, en la aplicación del artículo 227 RH a la ejecución hipotecaria únicamente en los supuestos de parciariedad.

³⁸ La RDGRN de 8 de junio de 2011 establece que «*solo se puede imponer una determinación con datos matemáticos en los supuestos en los que lo admite la naturaleza misma del derecho que se hipoteca*». No creo, sin embargo, que el ejemplo que cita (RDGRN de 25 de mayo de 2000), relativo a un derecho de usufructo vitalicio a favor de 3 personas con carácter simultáneo y sucesivo, sea comparable con el crédito hipotecario en mano común (en el ejemplo resulta de todo punto imposible determinar cuotas durante toda la vida del usufructo; mientras que en el crédito mancomunado no es así).

³⁹ BADOSA COLL, F. (2013): *La cotitularidad* (op. cit.) (821).

⁴⁰ En este punto coincidimos con AZOFRA (2011) (op. cit.) (1309 y 1310).

⁴¹ Cfr. VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009): *La ejecución...* (op. cit.).

⁴² No sucede lo mismo en otros ordenamientos jurídicos, de raíz anglosajona, en los que la hipoteca (*mortgage*) concede al acreedor, en determinadas circunstancias, un auténtico poder de disposición sobre el bien inmueble (frente a las llamadas «*land charges*», que se ajustarían mejor al concepto de hipoteca en nuestro derecho). Este tema lo he tratado en un trabajo anterior (cfr. GARCÍA GARCÍA, A. (2018): Los problemas del «*law shopping*» en las operaciones de financiación. *Diario La Ley*, nº 9127, 26 de enero de 2018. Wolters Kluwer).

⁴³ Cfr. BADOSA COLL, F. (2013): *La cotitularidad* (op. cit.), 827: «*Parece clara la inadecuación de la comunidad en mano común a la hipoteca única del artículo 153 bis LH, que presupone una pluralidad indeterminada de créditos*». Como ya hemos dicho, tanto en la hipoteca flotante como en la hipoteca ordinaria (o «*de seguridad*») la titularidad de los créditos en cada momento se encuentra perfectamente determinada, con independencia de que pueda variar a lo largo del tiempo, hasta la fijación del saldo exigible.

⁴⁴ GARCÍA GARCÍA, J.M. (2006): *Código de Legislación Inmobiliaria, Hipotecaria y del Registro Mercantil*. Cizur Menor; Navarra, Thomson-Civitas, 5ª edición (454).

⁴⁵ En contra del carácter germánico de la comunidad hereditaria se ha pronunciado ROCA SASTRE, R.M. (1947): Estudios de Derecho Privado, II, Madrid, *Revista de Derecho Privado* (538 y 539). El autor mantiene que es de tipo romano porque existen cuotas negociables sobre una unidad patrimonial. Por su parte, MARTÍN BRICEÑO también se inclina por la tesis que explica la comunidad hereditaria a través de los principios rectores de la comunidad romana: «*justificar la naturaleza germánica de la comunidad hereditaria exclusivamente en la idea de que la herencia es una universitas iuris resulta cuanto menos poco idónea, porque el uso del concepto de universitas iuris no significa que estemos hablando de un derecho abstracto de los herederos sobre un corpus universal*. El concepto de *universitas iuris* es un artificio que solo sirve para referirse a un conjunto de elementos singulares en bloque, cuyo nexo de unión lo encontramos en que su adquisición se produce en virtud de una misma causa. Por ello, el derecho hereditario recaería sobre un conjunto de derechos unidos transitoriamente y tomados en consideración de forma unitaria» cfr. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2008): *La prohibición testamentaria de dividir la herencia en el Código civil*, Dykinson (67). Como vemos, el concepto de comunidad germánica plantea gran cantidad de problemas a la hora de reconocer en ella prácticamente cualquiera de las comunidades previstas en la ley.

⁴⁶ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, A. (2009): *La ejecución...* (op. cit.).

⁴⁷ RUIZ DE HUIDOBRO DE CARLOS, J.M. (2008): *Manual de Derecho Civil. Parte General*. Madrid, Dykinson (374-375).

⁴⁸ BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y. (2010): Requisitos para la interposición de las demandas de retracto de comuneros. Algunos problemas prácticos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 720 (1689): «*Por lo que se refiere a la competencia territorial, habrá que distinguir si el bien objeto de retracto es mueble o inmueble. Para el caso de bienes muebles, y a falta de regla especial, el fuero aplicable es el general del artículo 50 LEC 16. Este precepto señala como fuero general el domicilio del demandado. En caso de que el bien*

objeto de retracto sea inmueble, nos parece que no debe haber duda sobre la aplicación a este tipo de acciones del artículo 52.1.1. ° LEC».

⁴⁹ Todo ello sin perjuicio de la existencia de contratos atípicos que aúnan elementos mixtos entre la compraventa y la cesión de créditos (v.g. los contratos de compraventa de carteras de créditos, cuya naturaleza jurídica se ha tratado en VARELA FERNÁNDEZ, J. (2016): El contrato de compraventa. En *VVAA; Manual de Compra de Deuda en España (op. cit.)* (143-170).

⁵⁰ Por todos, FLORES GONZÁLEZ, B. (2014): Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil Común. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 745 (2117-2189). La autora realiza una detallada exposición por las distintas tesis en la doctrina acerca de la necesidad o no de consumación de la compraventa para la procedencia del retracto. Si bien la tesis mayoritaria es la que se inclina por la consumación, la autora parece considerar suficiente la perfección de la venta, cuando el comprador únicamente tiene un *ius ad rem*, o derecho de crédito a que le sea transmitida la propiedad de un bien.

⁵¹ Una relación pormenorizada de estas resoluciones puede leerse en FLORES GONZÁLEZ, B. (2014): *Concepto...* (op. cit.) (2154 y 2155).

⁵² GASPAS LERA, S. (2017): *La adquisición de la propiedad por tradición causal. Límites a la autonomía de la voluntad*. Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi (36).

⁵³ Cfr. JORDANO FRAGA (1999): Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoria en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 653 (1288-1291). Según este autor, la escritura no es requisito de validez del contrato de cesión, ni en cuanto a la transmisión de la hipoteca ni en cuanto a la del crédito; con relación a la hipoteca es solo un requisito mediato o indirecto, en cuanto a que condiciona la inscripción registral. En mi opinión, la inscripción sí es constitutiva de la cesión de la hipoteca, pero ello debe entenderse como un requisito de «completitud» de la cesión (pues la cesión en documento privado del crédito subyacente, como vemos, ya produce efectos en la hipoteca).

⁵⁴ Esto no afecta a la validez de los acuerdos llamados de «sub-participación», en los cuales un acreedor cede la totalidad de los derechos económicos derivados de un préstamo (con carácter puramente obligacional), comprometiéndose a ceder el remate (o a entregar el precio del remate) en la ejecución hipotecaria al cesionario. En estos casos, el cesionario no puede reclamar directamente al deudor, pues no se trata de una cesión de créditos / posición contractual en la que el cesionario se convierta en el nuevo acreedor, teniendo el cedente la legitimación activa en la ejecución.

⁵⁵ Nótese que el llamado «retracto» de créditos litigiosos (o de *lex anastasia*) no es en realidad un retracto (pues el deudor no adquiere un crédito contra sí mismo) sino una facultad que la ley le concede de cancelar una deuda abonando al nuevo acreedor el precio pagado al cedente junto las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que este fue satisfecho. Se podría argüir que el deudor efectivamente retrae el crédito y que, al adquirirlo, se produce en el mismo acto su cancelación por confusión de derechos. No obstante, el principio de parsimonia (la *navaja de Occam*) nos obliga a descartar esta explicación, pues no deben multiplicarse las causas sin necesidad (sobre todo si tenemos en cuenta que el artículo 1535 del Código civil no habla de retracto, sino de «extinguir» el crédito reembolsando al cesionario la cantidad indicada).

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. y otros (2009) (op. cit.) (463).

⁵⁷ Esta sentencia resume la diferente configuración del retracto en Derecho común y Derecho catalán, diferencia que atribuye (a mi modo de ver, acertadamente), a una inconsistencia entre el sistema causalista de adquisición de la propiedad consagrado en la redacción del Código de 1889 y la regulación del retracto (esta última propia de un sistema de transmisión consensual de la propiedad): «Nótese que en el CCiv no se parte de dicha dualidad [la doble modalidad de tanteo y retracto] y ello, como nos enseña la doctrina, no es sino producto de un “arrastré histórico” de las normas del Proyecto de CCiv. de 1851 en el que desaparecía la diferencia entre tanteo y retracto, que era congruente con el sistema propuesto por García

Goyena en que el acuerdo de voluntades era suficiente para la transmisión del dominio sin necesidad de la traditio, por lo cual tanteo y retracto debían coincidir y surgían a partir del acuerdo transmisivo. Sin embargo, cuando el vigente CCiv de 1889 se vuelve al sistema de título y modo, no se modifican los retractos legales que al tratar solamente el retracto, se siguen refiriendo a aquel sistema del Proyecto del CCiv de 1851. En cambio, en el derecho civil catalán se parte de la dualidad de facultades entre tanteo y retracto en coherencia no solo con el sistema de transmisión sino también conforme a lo dispuesto para el retracto entre coherederos según los trabajos preparatorios realizados para el Anteproyecto del Libro V, en el artículo 51 del Código de Sucesiones —actualmente artículo 463- 6 CCCat que, en su redacción vigente ha sido modificado en su pfo. 3º, tras la promulgación del Libro V del CCCat, remitiendo al artículo 552-2. 4 CCCat para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, con el de comuneros—. Y por ello la preferencia adquisitiva se traduce en un derecho de tanteo y retracto. Se configura el retracto como una segunda fase en el ejercicio del derecho de tanteo que solamente tiene lugar en el supuesto de falta de notificación o modificación de las circunstancias de precio y de venta en relación con las comunicadas en el tanteo».

⁵⁸ MONSERRAT VALERO, A. (2010): Los derechos voluntarios de adquisición en el Código civil de Cataluña: clases y funcionamiento. *Anuario de Derecho Civil*. Núm. LXIII-3. Julio de 2010. Estudios Monográficos (1125-1127).

⁵⁹ DEL REY BARBA, S. (2017): *Derechos reales de Cataluña. Comentario al Libro Quinto*, Barcelona, Atelier (1489).

⁶⁰ Cfr. PARRILLA QUINTIAN, J. (2016): Los créditos litigiosos. En *VVAA; Manual de Compra de Deuda en España (op. cit.)* (286 y 287).

*(Trabajo recibido el 11-4-2019 y
aceptado para su publicación el 27-5-2019)*

DERECHO COMPARADO

La tutela administrativa contra las
cláusulas abusivas en el Derecho
italiano: el artículo 37 bis
del *Codice del Consumo*¹

*The administrative control against
unfair terms under the Italian
legislation: article 37 bis of the
Consumer Code*

por

INÉS SÁNCHEZ-VENTURA MORER
*Profesor Ayudante doctor de Derecho civil
Universidad de Navarra*

RESUMEN: Distintos países de la Unión Europea, con base en lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE, han reconocido a órganos de carácter administrativo competencia sobre el control de cláusulas abusivas utilizadas en contratos con consumidores. Italia por Decreto-ley de 24 de enero de 2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*, introdujo un nuevo artículo 37 bis en el Código de Consumo en virtud del cual se otorgaba dicha competencia a una entidad administrativa independiente (La *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*) que ejercita sus funciones a través de dos procedimientos de control distintos: uno de carácter preventivo-consultivo y otro de carácter sucesivo-declarativo.

El presente trabajo, además de analizar el origen de este nuevo artículo y sus consecuencias prácticas, aporta una explicación de cómo se desenvuelven cada uno de estos procedimientos.

ABSTRACT: Different countries of the European Union, based on article 7 of the Directive 93/13/CEE, have recognised a power of control about unfair terms to administrative entities. Italy through Decree-Law of January 24, 2012, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività, introduced a new article 37 bis in the Consumer Code whereby granted competence to an independent administrative entity (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato). This article states two different types of procedure: one preventive-consultive and another one successive- declarative. The following paper besides, analysing the origin of this new article and its practical consequences and how each of these procedures are developed.

PALABRAS CLAVE: Consumidores. Cláusulas abusivas. Control administrativo. Directiva 93/13/CEE. Derecho de los consumidores italiano.

KEY WORDS: Consumers. Unfair terms. Administrative control. Directive 93/13/CEE. Italian consumer law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO. 2. LA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.—II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO ORDINARIO: 1. ÁMBITO OBJETIVO E INICIO DEL PROCEDIMIENTO. 2. FASE PREVIA DEL PROCEDIMIENTO. 3. FASE DE INSTRUCCIÓN: A) *Trámite de consulta pública*. B) *Actuaciones del responsable del procedimiento*. C) *Clausura de la fase istruttoria*. 3. FASE DECISORIA: A) *Control abstracto de las cláusulas*. B) *Consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva*.—III. EL INTERPELLO.—IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.—V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Con base en lo dispuesto en el artículo 7 de la *Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*, muchos de los países de la Unión Europea han establecido un sistema de control integrado de las cláusulas abusivas que será ejercido, por un lado, por los jueces y tribunales, y, por otro lado, por órganos de la

administración pública a quienes les corresponde velar por el interés general. Específicamente, este artículo señala: «1. Los Estados miembro velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. 2. Los medios contemplados en el apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que estos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas».

En lo que al control administrativo se refiere, en el contexto de la Unión Europea pueden distinguirse, fundamentalmente, dos modelos. En primer lugar, destacan ordenamientos en los que la competencia de control sobre las cláusulas abusivas ha sido atribuida a los órganos incardinados en la estructura jerárquica de la administración central o regional del Estado, tal es el caso de España. Bajo el segundo de los modelos, la competencia ha sido atribuida a órganos administrativos independientes que tienen encomendadas, entre otras funciones, la supervisión y la garantía de la competencia en el mercado. Países como el Reino Unido² y, más recientemente Italia, han optado por el segundo de estos modelos.

En España, las diecisiete comunidades autónomas han aprobado su correspondiente normativa en materia de protección de consumidores, atribuyendo a sus respectivas administraciones de consumo potestad para sancionar a las empresas que utilicen cláusulas abusivas en sus relaciones contractuales con consumidores (TEROL GÓMEZ, 2013, 580-585 y REBOLLO PUIG, IZQUIERDO CARRASCO, 2011, 612). Para ello se ha seguido el modelo establecido a nivel estatal en el artículo 49.1 i) TRLGDCU que califica como infracción la introducción de cláusulas abusivas en los contratos.

En el Reino Unido, el control sobre la utilización de cláusulas abusivas fue introducido con motivo de la trasposición de la Directiva 93/13/CEE³. Actualmente, tal y como establece el artículo 70 de la *Consumer Rights Act 2015*, corresponde a la *Competition and Markets Authority*. Se trata de una entidad independiente, no vinculada a ningún Ministerio o departamento del gobierno en concreto, que tiene atribuida como función principal garantizar la libre competencia en el mercado lo que redundará en el mayor beneficio de los consumidores⁴. La *Competition and Markets Authority*, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, tiene la posibilidad de proceder a examinar los contratos utilizados tanto por entidades públicas como privadas que puedan estar utilizando cláusulas abusivas. Si, según su parecer, la cláusula no cumple con los requisitos legales, se dirigirá a la empresa comunicando la situación e invitándole a cesar en el uso

de la cláusula. Si la empresa no procede a la eliminación o cambio de la cláusula en cuestión, la *Competition and Markets Authority* dispone de legitimación para iniciar un procedimiento judicial. Lo cierto es que muy pocas cuestiones llegan a juicio, ya que la mayor parte se resuelven en vía de negociación entre la entidad reguladora del mercado y la empresa involucrada (BRIGHT, 2000, 334; ERVINE, 2004, 131 y COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2015, 134). La nota que caracteriza este sistema es la ausencia de un auténtico poder sancionatorio. La *Competition and Markets Authority*, por sí misma, carece de poder coercitivo en sentido estricto, tan solo dispone de la posibilidad de acudir a un procedimiento judicial solicitando el cese en el uso de la cláusula, para el caso de que la empresa desoiga la invitación a remover la cláusula. A pesar de no tener poder sancionatorio, este procedimiento resulta bastante eficaz, lo que se ha traducido en un ahorro importante para los consumidores que han visto suprimidos recargos que encarecían el precio del servicio en sus contratos de préstamo hipotecario o de telefonía móvil, entre otros (ERVINE, 2004, 131).

En términos similares, Italia por Decreto-ley de 24 de enero de 2012, *Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*⁵, introdujo en el *Codice del Consumo* italiano el artículo 37 bis, que atribuyó a la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (de ahora en adelante AGCM) competencia sobre el control de cláusulas abusivas utilizadas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. La AGCM es una autoridad administrativa independiente encargada de velar por el buen funcionamiento del mercado. Entre otras funciones, le corresponde proporcionar y garantizar una protección adecuada a los consumidores. En el concreto ámbito de las cláusulas abusivas, carece de un auténtico poder sancionatorio como seguidamente se verá, de tal forma que el procedimiento de control administrativo posee caracteres peculiares.

1. ORIGEN DEL PROCEDIMIENTO

El artículo 37 bis se encuadra dentro de un conjunto de artículos que, en el *Codice del Consumo*, están destinados a recoger la disciplina a la que están sujetos los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. En su momento, el régimen de cláusulas abusivas se contenía en los artículos 1469 y siguientes del Código civil italiano, que traían causa de la trasposición de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993. Posteriormente, las disposiciones en materia de cláusulas abusivas fueron incorporadas de manera más desarrollada al Código de Consumo⁶ en los artículos 33 y siguientes⁷.

Específicamente, el artículo 37 bis prevé dos tipos de procedimiento de control de carácter administrativo que tienen como finalidad hacer frente al fenómeno de las cláusulas abusivas⁸. El primero de ellos hace referencia a un

procedimiento declarativo, y solo indirectamente represivo, en virtud del cual la AGCM, de oficio o a solicitud de cualquier interesado, declarará si las cláusulas que tengan carácter de condición general de la contratación, y sean utilizadas por un profesional en sus relaciones contractuales con consumidores, son o no abusivas. Se trata de un procedimiento en el que tendrán la oportunidad de participar terceros interesados en la valoración de esa cláusula por medio de una consulta pública (asociaciones de consumidores o profesionales y la Cámara de Comercio principalmente). Si del procedimiento se deriva la declaración de una cláusula como abusiva, la única consecuencia prevista legalmente es la publicación de esa declaración en el sitio de internet de la AGCM y de la empresa afectada; es decir, no se prevé la imposición de ningún tipo de multa u otro tipo de sanción como puede ser la exigencia de cesar en el uso de esa cláusula. La AGCM tan solo dispone de un poder de comprobación o verificación de los elementos que puedan ser determinantes para declarar una cláusula como abusiva. Sin embargo, como se verá más adelante, la ausencia de una potestad propiamente sancionatoria no tiene por qué disminuir la eficacia de este procedimiento.

La segunda de las modalidades reviste un carácter algo más novedoso. Recibe el nombre de *interpello* y recoge la posibilidad que tiene el profesional de dirigirse a la AGCM para solicitar, con carácter previo, una evaluación sobre las cláusulas que tenga intención de utilizar en los contratos celebrados con consumidores, ya se trate de cláusulas que formen parte de modelos que incorporan condiciones generales del contrato, ya sean cláusulas individuales previstas para una sola operación. Se trata de un control preventivo cuya regulación básica se recoge en el artículo 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo*.

Ambos procedimientos han sido objeto de desarrollo por parte de la AGCM a través del Reglamento de 1 de abril de 2015 sobre el procedimiento en materia de publicidad engañosa, prácticas comerciales desleales, quebrantamientos de los derechos de los consumidores y cláusulas abusivas⁹ (al que me referiré como Reglamento de 2015). Este reglamento, elaborado por la AGCM en el ámbito de las competencias que tiene atribuidas, recoge de manera detallada cada una de las fases y actuaciones que llevará a cabo en el ejercicio de esta función.

Sin embargo, no era la primera vez que en Italia se planteaba la posibilidad de introducir un control de tipo administrativo. Precisamente con motivo de la recepción de la Directiva, se habían propuesto algunos proyectos en este sentido. Así por ejemplo, una de las propuestas presentadas preveía la creación de un órgano *ad hoc* dependiente de la presidencia del Consejo de ministros que recibiría el nombre de Comisión de Control de las Condiciones Generales de la Contratación (*Commissione di controllo delle condizioni generali di contratto*) de la cual iban a depender dos procedimientos: uno de tipo preventivo consultivo —a iniciativa del empresario respecto de condiciones generales de la contratación todavía sin utilizar— y otro de carácter sucesivo prescriptivo —a solicitud del consumidor o de las asociaciones correspondientes respecto

de condiciones generales ya utilizadas por el empresario—. Este procedimiento finalizaba con la publicación de la declaración de una cláusula como abusiva en la gaceta (ALPA, 2003, 469 y ANGELONE, 2014, 15-17). Como se puede observar, el procedimiento descrito guarda una gran similitud con el procedimiento actualmente previsto en el artículo 37 bis, si bien en la actualidad se ha optado por atribuir la competencia a un órgano ya existente.

La presentación de las diferentes propuestas dio lugar, entonces, a un debate entre los partidarios del establecimiento de un control judicial sobre el administrativo y los partidarios de un sistema integrado. Los partidarios de la primera solución señalaban que reconocer competencia a un órgano de la administración pública para decidir sobre el contenido de las cláusulas utilizadas en los contratos, suponía atribuir la capacidad para manifestarse acerca de la validez e invalidez del contrato a un órgano no judicial; cuando el establecimiento de cualquier límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad debe tener su origen en una causa justificada y, en todo caso, debe ser declarada por quien tiene atribuida la potestad para ello, en este caso el poder judicial. Por otro lado, se está atribuyendo al órgano administrativo capacidad para manifestarse sobre intereses privados, cuando lo que le corresponde salvaguardar son intereses de carácter público lo que se traduce en intereses de carácter macroeconómico¹⁰.

Entre los partidarios de un sistema integrado se encuentra ALPA quien destaca como, precisamente, el control sobre contratos estándar redunda de manera positiva en la competencia del mercado, pues asegura que el adherente tenga un grado de información suficiente para poder elegir con quien celebrar el contrato (ALPA, 2003, 471-472). Además, el control administrativo permite superar algunos de los límites que presenta el control judicial, relacionados con el coste y la celeridad del procedimiento (RUMI, 2012, 644). Por otro lado, si bien es cierto que al órgano administrativo se le atribuye la posibilidad de determinar si una cláusula es o no abusiva, lo que no puede hacer, en ningún caso, es declarar que dicha cláusula no vinculará al consumidor. La posibilidad de declarar nula una cláusula es una posibilidad reservada al juez. Así, si un concreto consumidor está interesado en la declaración de una cláusula de su contrato como abusiva y, por tanto, nula, debe acudir al órgano judicial correspondiente.

En su momento, el legislador italiano optó finalmente por un sistema que privilegiaba el control judicial optando por la regulación de la acción inhibitoria; sin embargo, se trata de un sistema que ha resultado algo insatisfactorio. Tal y como han señalado la mayor parte de los autores, la acción inhibitoria regulada en el artículo 37 del *Codice del Consumo*, ha destacado por su escasa aplicación (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 930 y sigs.; MINERVINI, 2006, 98-99 y MAZZEO Y BRANDA, 2012, 388)¹¹.

También hay que tener en cuenta que, con anterioridad a la introducción del artículo 37 bis, ya existían normas que atribuían competencia a distintos órganos de carácter administrativo en materia de control de cláusulas abusivas.

Se trata de atribuciones competenciales que, a día de hoy, continúan totalmente vigentes. Tal es el caso de determinadas entidades reguladoras de los sectores de la banca o del seguro o de la propia Cámara de Comercio quien, por Ley de 29 de diciembre de 1993¹², tiene atribuida la facultad para, de oficio o a instancia de parte, proceder a valorar si una determinada cláusula es o no abusiva instando a la empresa a remover la cláusula que haya sido valorada como tal. En caso de que la empresa no obre de acuerdo con esta indicación, la Cámara podrá dirigirse a los tribunales ejercitando la acción inhibitoria. Con todo, son muy pocas las ocasiones en las que la Cámara de Comercio ha ejercido esta competencia (POSMON, 2013, 824).

Precisamente, con la regulación del control administrativo, el legislador italiano ha pretendido dar respuesta a la ineficacia de algunos de los instrumentos descritos hasta ahora (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 422; ANGELONE, 2014, 15 y PANDOLFINI, 2012, 49). La incorporación del artículo 37 bis al conjunto de remedios de los que dispone el Derecho italiano para hacer frente al fenómeno de las cláusulas abusivas ha llevado consigo la instauración de un sistema de protección integrado, de tal forma que a los tradicionales remedios existentes en el ámbito judicial se añade ahora un control de carácter administrativo. El control administrativo no viene a sustituir, sino que se presenta como alternativa a los remedios judiciales, entre los cuales se puede destacar la acción individual que todo consumidor puede ejercitar solicitando la nulidad de una cláusula (*ex art. 33 del Codice del Consumo*), la acción colectiva inhibitoria recogida en el artículo 37 y la acción colectiva resarcitoria del artículo 140 bis¹³, ambas del *Codice del Consumo*¹⁴.

2. LA AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO

La viabilidad de un control administrativo de este tipo depende, en muy buena parte, del órgano al que se le atribuye la competencia para llevarlo a cabo, así como su relevancia en el mercado y su capacidad para coordinar los intereses de todos los sujetos que puedan ser afectados. Como ya se ha indicado el órgano finalmente elegido fue la AGCM¹⁵. En este sentido, la mayor parte de la doctrina está de acuerdo en afirmar la oportunidad de designar a la AGCM como el responsable del procedimiento ya que se trata de un organismo dinámico y eficiente, que goza de una gran fiabilidad en cuanto que se trata de una autoridad administrativa independiente; y es una entidad que, con el paso de los años, se ha distinguido por su capacidad para intervenir en la protección del mercado, destacando una actitud en favor del consumidor (pro-consumidor). Se trata, además, de un órgano que opera a través de procedimientos que resultan ágiles y económicos (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 423-424, POSMON, 2013, 836-838 y 845 y MINERVINI, 2012, 564).

Por otro lado, no puede desconocerse la íntima relación que existe entre el fenómeno de las condiciones generales del contrato y la tutela del mercado como interés público objeto de protección. A través de este mecanismo de control, la AGCM ejerce «como instrumento de vigilancia sobre el correcto uso de la autonomía» (ROSSI, 2012, 496)¹⁶. Con la intervención de la AGCM se pretende el establecimiento de un mercado más eficiente y transparente en el que se proporcione al consumidor información certera acerca de los distintos bienes y servicios ofertados de tal forma que pueda elegir de manera adecuada entre las distintas ofertas, lo que a su vez garantiza la libre competencia (POSMON, 2013, 835-838; ANGELONE, 2014, 41-42 y QUERCI, 2013, 464). Se señala como la complementariedad entre *public* y *private enforcement*¹⁷ originariamente referido a la normativa sobre competencia se manifiesta ahora en la disciplina sobre cláusulas abusivas (PANDOLFINI, 2012, 48).

Por último, la AGCM venía ejerciendo el control sobre otros ámbitos que guardan una conexión directa con el control sobre la utilización de cláusulas abusivas, tales como las prácticas comerciales desleales y la publicidad engañosa. Ahora bien, tal y como advierten DE CRISTOFARO y ZACCARIA, mientras la regulación en materia de prácticas comerciales desleales y publicidad engañosa pone el punto de mira en el comportamiento del empresario con carácter previo a la celebración del contrato, el régimen de cláusulas abusivas se refiere al contenido del propio contrato (2013, 423).

II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO ORDINARIO

1. ÁMBITO OBJETIVO E INICIO DEL PROCEDIMIENTO

El ámbito objetivo del control administrativo ordinario son las cláusulas insertas en contratos celebrados entre un profesional y un consumidor que se celebran mediante adhesión a condiciones generales de la contratación en el sentido de los artículos 1341 y 1342 del Código civil¹⁸ utilizadas o que se recomienden utilizar por el empresario o empresarios (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 423)¹⁹. El control ejercido por la AGCM no parece aplicable a cláusulas que son predisuestas por el empresario de manera individual para un solo contrato, por lo que posee un ámbito más restringido que el propio de un control jurisdiccional de carácter civil. En este sentido, este instrumento de control de la AGCM se asemeja a la acción inhibitoria del artículo 37 del *Codice del Consumo*, ya que ambos se caracterizan por ser procedimientos de carácter general y abstracto que tienen como objetivo principal la tutela de un interés colectivo: la protección del consumidor como categoría (MINERVINI, 2006, 95).

El carácter abstracto del procedimiento ha sido sucesivamente recordado por la AGCM. Frente a la objeción planteada por algunas de las entidades acerca

de la ausencia de un impacto concreto de las cláusulas objeto de valoración, ya que no estaban siendo utilizadas en la práctica, la AGCM ha destacado como el control que ejercita, en el sentido del artículo 37 bis del *Codice del Consumo*, prescinde del dato de hecho de la aplicación específica de la cláusula, es decir, prescinde de la conducta adoptada en concreto por el profesional en la ejecución de un solo contrato, aunque lo que finalmente se ejecute sea distinto de lo establecido *a priori* en el modelo o formulario contractual. Para llevar a cabo su actuación, es suficiente con verificar que esas cláusulas están presentes en contratos celebrados entre profesionales y consumidores mediante la adhesión a condiciones generales de la contratación²⁰.

El procedimiento podrá iniciarse de oficio por la propia AGCM, así como a instancia de cualquier sujeto u organización que acredite un interés en la declaración de una cláusula como abusiva²¹. El reglamento desarrollado por la AGCM, también reconoce legitimación a la Cámara de Comercio y a cualquier otra unión de empresarios (*vid.*, art. 23 del Reglamento de 2015). La experiencia de estos años muestra que, en los casos en los que no es la AGCM la que da inicio al procedimiento, son las asociaciones de consumidores las que, principalmente, han dado cauce a las quejas planteadas por los consumidores. No se ha registrado ningún caso en el que el impulso haya sido resultado de la iniciativa de la Cámara de Comercio o de alguna de las uniones de empresarios existentes en el país (ANGELONE, 2016, 531).

A la luz de lo dispuesto en el Reglamento de 2015, se pueden llegar a distinguir hasta tres fases en el procedimiento administrativo de evaluación de una cláusula como abusiva (POSMON, 2013, 824 y 825):

- Fase *pre-istruttoria* (a la que me referiré como fase previa).
- Fase *istruttoria* (fase principal o fase de instrucción).
- Fase decisoria.

2. FASE PREVIA DEL PROCEDIMIENTO

La norma ha hecho depender el procedimiento de instrucción principal de una fase anterior en la que el responsable del procedimiento²², examina la solicitud presentada y comprueba que concurren todos los elementos formales necesarios para la tramitación de la solicitud²³. Esta fase tiene como principal objetivo evitar sobrecargar a la Autoridad de solicitudes o denuncias manifiestamente infundadas (ANGELONE, 2014, 21). Entre otras razones que podrían llevar consigo el archivo de las actuaciones se encuentran: la presentación de una denuncia claramente incompleta o la falta de presupuestos legales²⁴.

Esta fase adquiere una especial relevancia ya que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 23.4 del Reglamento de 2015, el empresario, informado previamente

por el responsable del procedimiento del potencial carácter abusivo de la cláusula objeto de denuncia, puede, de manera voluntaria²⁵, proceder a la eliminación o modificación de la cláusula lo que supondrá el fin de las actuaciones, y por lo tanto, el cierre del procedimiento sin ulteriores consecuencias (POSMON, 2013, 835 y ANGELONE, 2014, 22). El artículo mencionado establece: «exceptuando casos de particular gravedad, siempre que existan motivos fundados como para considerar que las cláusulas insertadas en los contratos entre empresarios y consumidores, de acuerdo con el artículo 37 bis.1, son abusivas, el responsable del procedimiento, después de haber informado al *Collegio*²⁶, puede comunicar por escrito al profesional la posible abusividad de la cláusula contractual (*moral suasion*)»²⁷.

La posibilidad de rectificar la cláusula únicamente es posible antes de que se proceda a la comunicación de la apertura de la fase de instrucción. No tiene espacio el llamado ‘arrepentimiento tardío’, de tal forma que, aunque la empresa haya removido la cláusula de forma voluntaria, la Autoridad continuará con el procedimiento hasta su conclusión (ANGELONE, 2016, 533)²⁸, si bien, en su resolución final advertirá de esta circunstancia. Así lo recuerda la AGCM en alguno de los casos resueltos desde que se introdujera el artículo 37 bis. En el procedimiento de 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28) la empresa había modificado las cláusulas objeto de evaluación y, por lo tanto, señalaba que debía procederse al archivo de la causa en el sentido del entonces artículo 5.1 d) del Reglamento de 2012. Frente a este argumento la AGCM recuerda que la aplicación de ese artículo solo cabe cuando la contestación de la empresa aceptando la modificación se produce con anterioridad a la comunicación de la apertura del procedimiento de instrucción²⁹.

A salvo de esta posibilidad, una vez que se verifica que concurren los presupuestos previstos legalmente, el responsable del procedimiento da traslado a las partes de la comunicación donde se contiene la fecha de apertura de la fase de instrucción, la dirección y nombre del responsable del procedimiento, el contenido de la solicitud de intervención, así como cualquier otro elemento que haya sido considerado de oficio por la Autoridad (art. 6.3 Reglamento de 2015).

3. FASE DE INSTRUCCIÓN

La autoridad tiene un plazo de 150 días desde la apertura del procedimiento (art. 23.5 Reglamento de 2015) para resolver³⁰.

A) *Trámite de consulta pública*

Un momento que adquiere especial relevancia en esta fase es el trámite de consulta pública al que hace referencia el artículo 23.6 del Reglamento. Den-

tro de los 30 días siguientes a la apertura de la fase *istruttoria*, se procede a la publicación de un comunicado con información suficiente a efectos de que cualquier entidad o asociación pueda tomar parte del procedimiento enviando sus correspondientes valoraciones, comentarios u opiniones que el *Collegio* tendrá en cuenta para la adopción de la decisión final (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 428 y POSMON, 2013, 828). Durante el proceso de elaboración del Reglamento, hubo alguna propuesta que pretendía subordinar la declaración de abusividad al previo acuerdo de todas las asociaciones de categoría³¹, otorgándoles un auténtico poder de codecisión. Sin embargo, como ha señalado algún autor, esta exigencia hubiera supuesto un debilitamiento de las facultades concedidas a la autoridad. Además, y lo que resulta todavía más importante, se le hubiera privado de toda eficacia al procedimiento ya que, supeditar una determinada resolución al acuerdo de todas las asociaciones intervinientes, implica la necesidad de contar con un acuerdo entre las asociaciones de consumidores, por un lado, y las asociaciones en representación de los profesionales por otro, lo que no suele darse con mucha frecuencia en la práctica (ANGELONE, 2014, 27 y PANDOLFINI, 2012, 55). Las asociaciones de consumidores han demostrado un papel activo en estos años de aplicación de la normativa³², y ha sido muy escasa la participación de las uniones de empresarios u otras asociaciones de este tipo³³.

El Reglamento de 2015 también prevé un tipo de consulta de carácter facultativo, *ex* artículo 23.7, en virtud de la cual el responsable del procedimiento puede dirigirse a la Autoridad de regulación o vigilancia del sector para obtener su parecer. Dispone de un plazo de 30 días para remitir la información oportuna al responsable. Sin embargo, en pocas ocasiones se ha hecho uso de esta facultad³⁴.

Se pone de manifiesto en este momento una cuestión referida a la posible situación de conflicto que se puede generar entre la AGCM y esas otras entidades reguladoras de un determinado sector económico que también tienen competencia sobre el control en la utilización de cláusulas abusivas: tal es el caso de la institución de supervisión y vigilancia de las entidades aseguradoras o de la Banca de Italia. Algún autor ha puesto de manifiesto cómo la posibilidad de consultar facultativamente a estas entidades supone una oportunidad para mejorar la coordinación entre todos ellos además de proveer a la AGCM de conocimientos técnicos especializados propios del sector económico (POSMON, 2013, 828-829). Sin embargo, algún otro autor ha destacado cómo para lograr una efectiva coordinación entre ellos, la consulta a la autoridad de control o vigilancia del sector en el que opera el profesional debería ser obligatoria (ANGELONE, 2014, 27-29). Lo cierto es que con o sin consulta obligatoria, tanto la AGCM como la autoridad sectorial correspondiente podrían iniciar sendos procedimientos de carácter administrativo sobre el control de cláusulas abusivas, lo que tampoco plantea ulteriores consecuencias graves ya que no están dotadas de un auténtico poder sancionatorio.

B) *Actuaciones del responsable del procedimiento*

En el curso del procedimiento, el responsable podrá recabar «[...] cualquier elemento útil para la evaluación de los hechos. A tal fin puede solicitar información y documentación a cualquier sujeto público y privado» (art. 12.1 del Reglamento de 2015)³⁵. En este sentido, a la Autoridad se le ha dotado de un poder de inspección en virtud del cual puede dirigirse a la empresa y exigirle la prestación de información y exhibición de los documentos que considere oportunos, competencia que deberá ejercer en los términos del artículo 14 del Reglamento de 2015³⁶. A tal fin, se hace entrega a la empresa de un escrito en el que consta el objeto de inspección, así como la sanción en caso de que la empresa no colabore con la Autoridad o bien ofrezca una información falsa. Según lo establecido en el artículo 37 bis apartado 1 del *Codice del Consumo*, la sanción pecuniaria para el caso de que la empresa no acceda a las peticiones de la AGCM podrá oscilar entre los 2.000 y 20.000 euros, mientras que para el caso en el que la información no sea veraz, la multa podrá ser de entre 4.000 y 40.000 euros³⁷.

La facultad de la que dispone el responsable del procedimiento de recabar toda información de cualquier sujeto público y privado incluye la posibilidad, previa autorización por parte del *Collegio*, de solicitar informes periciales, análisis estadísticos y económicos; así como consultar a expertos que puedan aportar información relevante para la resolución del caso (art. 13 del Reglamento de 2015).

El reglamento, en su artículo 12.2, también prevé que allí donde lo considere necesario, o a petición de una de las partes, el responsable del procedimiento podrá dar audiencia a las partes, para respetar así el principio administrativo de contradicción³⁸. Esta posibilidad es facultativa, ya que queda a discrecionalidad del responsable del procedimiento (BONACCORSI, 2013, 45), pero ha sido aplicada en todos los casos estudiados³⁹.

C) *Clausura de la fase istruttoria*

Tal y como señala el artículo 16, apartados 1 y 2, el responsable del procedimiento cuando considere suficientemente instruida la causa, recabada toda la información, comunica a las partes la fecha de conclusión de esta fase y les indica un término, no inferior a los 10 días, dentro del cual pueden presentar una memoria conclusiva, así como toda la documentación que consideren relevante. Una vez recibidos los documentos, se da traslado al *Collegio* para que adopte una decisión final acerca del carácter abusivo de la cláusula.

3. FASE DECISORIA

A) *Control abstracto de las cláusulas*

Se pone de manifiesto en este ámbito el carácter preventivo y abstracto de este procedimiento. A la hora de calificar si una determinada cláusula es o no abusiva, al igual que sucede en la resolución de una acción inhibitoria, la AGCM no podrá, en el ejercicio de su función, aplicar los criterios de interpretación propios de un juicio de carácter individual en el que un consumidor solicita la nulidad de una determinada cláusula, ya que resultan incompatibles con una valoración de carácter abstracto⁴⁰.

En un principio, en la determinación de si una cláusula es o no abusiva se tendrá en cuenta, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 del *Codice del Consumo*, la naturaleza del bien o servicio objeto del contrato, las circunstancias existentes en el momento de la celebración y otras cláusulas del mismo contrato o de otro contrato del cual el primero depende.

Pero, en el ejercicio de su función, y dadas las características que rodean este procedimiento, la AGCM no tendrá en cuenta las circunstancias concretas que rodearon la celebración del contrato (*vid.*, art. 34.1 del *Codice del Consumo*)⁴¹. Tampoco resulta de aplicación, como es propio en estos casos, la regla de interpretación más favorable al consumidor⁴². Sí se atenderá, por el contrario, a la naturaleza del bien o servicio, y a otras cláusulas insertadas en el mismo modelo o formulario de contrato que son otros de los elementos a los que hace referencia el artículo 34.1 del *Codice del Consumo* para la valoración de una cláusula como abusiva⁴³. En todo caso, el criterio fundamental para determinar si una cláusula es o no abusiva, es la consideración sobre la existencia de un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes del que se deriva un perjuicio para el consumidor, entendiendo aquí consumidor como consumidor en sentido general, como categoría (QUERCI, 2013, 457). En esta valoración, y ante la falta de experiencia anterior por parte de la AGCM, la lista *numerus apertus*⁴⁴ de cláusulas que podrían considerarse abusivas, ha resultado ser una guía muy útil en la práctica (ROSSI, 2012, 494-495).

En algunos de los casos estudiados la empresa afectada argumentaba que el examen acerca de la existencia de un posible desequilibrio requería de la evaluación en concreto, y no en abstracto, del contenido contractual. Frente a este argumento, la AGCM ha señalado que, en el ejercicio de su función, en virtud del artículo 37 bis, está llamada a desarrollar una valoración abstracta que prescinde de la conducta o pauta adoptada para el caso concreto por el profesional⁴⁵.

B) *Consecuencias de la declaración de una cláusula como abusiva*

Concluida la valoración, el responsable del procedimiento comunica a las partes y a los demás sujetos intervinientes en el proceso, la decisión de la autoridad. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17.3 del Reglamento de 2015, la resolución que declara una cláusula abusiva debe ser publicada dentro de los 20 días siguientes a su adopción en el sitio de internet de la AGCM, así como en el sitio de internet del operador o empresa en el plazo de 20 días desde la recepción de la comunicación (*vid.* art. 23.8 Reglamento 2015). Para el caso de que la entidad incumpliera el mandato de dar publicidad a la decisión de la AGCM, esta podrá imponer una sanción económica que oscila entre los 5.000 y 50.000 euros de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 bis apartado 2 del *Codice del Consumo*. La información estará disponible en la web durante el tiempo establecido por la AGCM pues queda a su discrecionalidad. El plazo será fijado teniendo en cuenta la relevancia y los hechos del caso concreto (ANGELONE, 2016, 539).

La AGCM, por tanto, se encuentra totalmente desprovista de un auténtico poder sancionatorio con el que imponer una multa por el uso de cláusulas abusivas, o un poder inhibitorio mediante el cual pueda exigir a la empresa el cese en el uso de la cláusula. Tal y como señala el artículo 37 bis apartado 1 del *Codice del Consumo* la declaración de una cláusula como abusiva lo es a los solos efectos establecidos en los apartados siguientes. El Derecho italiano no ha previsto consecuencia alguna más que la simple publicación en el correspondiente sitio de internet.

Ahora bien, no sucede lo mismo en materia de prácticas comerciales desleales o publicidad engañosa, donde la autoridad sí dispone de un poder para exigir de la empresa la rectificación de su conducta (ANGELONE, 2014, 32-33 y PANDOLFINI, 2012, 58). En el contexto del régimen de las cláusulas abusivas, parece que el legislador ha preferido una solución distinta que coordinase mejor el interés público en la protección del consumidor y el libre ejercicio de la iniciativa económica de la empresa (POSMON, 2013, 846-849).

En este sentido, la mayor parte de los autores que se han acercado al estudio de este tema, destacan que la tutela administrativa de las cláusulas abusivas por la que ha optado el legislador italiano permite alcanzar dos objetivos fundamentalmente (ANGELONE, 2014, 31-32; PANDOLFINI, 2012, 57 y POSMON, 2013, 834-935). Por un lado, la publicación de la valoración realizada por la AGCM cumple una función de información al consumidor garantizando que, en todo momento, tenga conocimiento de la calidad del bien o servicio ofrecido por el empresario. El derecho a la información, recogido en el artículo 2.2 c) del *Codice del Consumo*, se configura, así, «como columna vertebral del sistema» (ROSSI, 2012, 494)⁴⁶ en la garantía de los derechos de los consumidores. Este derecho guarda, a su vez, una estrecha relación con otros recogidos en ese mismo

artículo como pueden ser la educación de los consumidores [art. 2.2 d)], o el derecho a la transparencia y equidad en las relaciones contractuales [art. 2.2 e)].

Por otro lado, destacan que la publicidad de la declaración de una cláusula como abusiva tiene un efecto disuasorio para el propio empresario provocando la espontánea modificación de la cláusula. Solo de esta forma el empresario podría evitar las repercusiones negativas que puede tener la publicación y la difusión de la información contenida en ella, y no solo desde un punto de vista comercial —por el efecto negativo que pueda tener en los consumidores—, sino también legal ya que la publicación posee la virtualidad de advertir al empresario de su posible responsabilidad futura en el ámbito judicial. El empresario se expone, así, al planteamiento de una acción individual solicitando la nulidad de una o varias cláusulas del contrato (*ex art. 33 del Codice del Consumo*), una acción colectiva de cesación en el uso de la cláusula (*ex art. 37 del Codice del Consumo*) o de carácter resarcitorio (*ex art. 140 bis del Codice del Consumo*). Esta advertencia es precisamente la nota que caracteriza un sistema preventivo como el que se pretende implantar a través del establecimiento de un control administrativo de este tipo (ROSSI, 2012, 494; ANGELONE, 2016, 540 y MINERVINI, 2012, 569).

Lo cierto es que, en lo que lleva de aplicación la norma, muchas empresas, ante la reclamación de la AGCM, han retirado voluntariamente las cláusulas de dudosa abusividad⁴⁷. De la lectura de los casos estudiados se desprende que, en casi su totalidad, la empresa ya había procedido a modificar las cláusulas objeto de valoración presentando una redacción alternativa⁴⁸. Así, este modelo de control trata de «estimular la autodisciplina promoviendo la moralización de la conducta empresarial e incentivando la difusión de una correcta ética mercantil» (ANGELONE, 2016, 541)⁴⁹.

De fondo, y tal y como ha destacado algún autor, con este tipo de procedimientos se pone de manifiesto como la tradicional función represiva vinculada a la potestad sancionatoria, al menos desde el punto de vista del Derecho administrativo, parece inadecuada hoy para hacer frente a determinadas disfunciones del mercado (MINERVINI, 2013, 165). En los últimos años, se ha ido desarrollando un modelo de control del mercado a todos los niveles que se «sustancia en la búsqueda del interés público a través de la corrección de un comportamiento contrario a la ley y la búsqueda activa de soluciones al problema que el ilícito pueda haber causado, al menos en todos los casos en los que sea posible, gracias a la colaboración ofrecida por el transgresor de la norma y su disponibilidad concreta de cara a reparar los problemas causados [...]» (MINERVINI, 2013, 168)⁵⁰.

Así, se buscan instrumentos que fomenten actos deseables por parte de aquellos que han violado las normas causando un daño a la colectividad⁵¹. El procedimiento regulado en el artículo 37 bis estaría dentro de los nuevos instrumentos de control de carácter no sancionatorio instaurados en algunos

ordenamientos que han demostrado ser de gran eficacia en los mercados (POS-MON, 2013, 836), a través de los cuales se busca que sea la propia entidad la que con iniciativa modifique su conducta presentado soluciones que hagan frente a los problemas que se puedan plantear en la comercialización de bienes o servicios⁵².

En ningún caso, la AGCM tiene competencia para declararla nula: esa cláusula seguirá siendo válida y eficaz en tanto no sea impugnada eficazmente (ANGELONE, 2016, 540). La posibilidad de declarar una cláusula nula de tal forma que no vincule al consumidor corresponde al juez únicamente.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 37 bis apartado 4, las resoluciones de la AGCM son recurribles ante el juez administrativo. En este caso, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 135.1 b) del Código del procedimiento administrativo.

III. EL INTERPELLO

Constituye una de las novedades principales de la regulación en el ámbito del control administrativo de las cláusulas abusivas. A grandes rasgos, se trata de un procedimiento en virtud del cual la empresa a iniciativa suya somete a la valoración de la AGCM las cláusulas que tiene intención de utilizar en los modelos, formularios o contratos con consumidores. Incorporado en el artículo 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo*, el desarrollo del mismo se contiene en el artículo 24 del Reglamento de 2015.

El ámbito objetivo de esta solicitud son todas aquellas cláusulas que el empresario tiene intención de incorporar a los contratos de oferta de bienes o servicios con consumidores (art. 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo* y artículo 24.1 del Reglamento de 2015). En el caso del *interpello*, el ámbito objetivo resulta ser más amplio que el del control administrativo de carácter ordinario ya que se admite la posibilidad de someter a la valoración de la AGCM, no solo aquellas cláusulas incorporadas a formularios que incorporan condiciones generales, sino también cláusulas que, con carácter individual, se utilizan para una sola operación (MINERVINI, 2012, 566). Con carácter general, se considera que quedan excluidas del control preventivo del *interpello* aquellas cláusulas que ya estén siendo efectivamente utilizadas por el empresario (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 431 y ANGELONE, 2016, 542)⁵³.

En un principio, está legitimado para solicitar el parecer de la AGCM, de acuerdo con el artículo 37 bis apartado tercero del *Codice del Consumo*, todo profesional interesado, así como las asociaciones de empresarios, incluyendo no solo aquellos que tienen intención de utilizar la cláusula, sino también aquellos que recomiendan su utilización (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 430-431).

La solicitud se realizará en formato electrónico o postal utilizando el formulario que la AGCM pone a disposición de los empresarios en el correspondiente sitio de internet (art. 24.1 del Reglamento de 2015)⁵⁴. El solicitante deberá, en todo caso, «[...] indicar las razones y los objetivos que han motivado la inclusión de la cláusula, su no abusividad y la eventual relevancia de otras cláusulas contenidas en el mismo contrato u otro con el cual el primero está vinculado, así como la modalidad y circunstancias en que tendrá lugar la negociación y celebración del contrato»⁵⁵.

La Autoridad debe resolver en el plazo de 120 días desde la recepción del formulario (art. 24.4 del Reglamento de 2015). Transcurridos los 120 días sin respuesta alguna por parte de la AGCM (art. 24.6 del Reglamento de 2015)⁵⁶, la cláusula se entiende aprobada. En este sentido, el silencio es positivo.

Dentro de los 120 días, la AGCM podrá dar audiencia a la empresa interesada (art. 24.3 del Reglamento de 2015), así como dirigirse a la autoridad de regulación o vigilancia del sector en el que opera la empresa, a la Cámara de Comercio o a cualquier otra unión de empresarios, para solicitarles su parecer acerca del posible carácter abusivo de la cláusula sometida a la valoración de la AGCM. Estas entidades tienen un plazo de 30 días para responder a la consulta (art. 24.5 del Reglamento de 2015).

La valoración realizada por la AGCM puede traer como resultado la declaración de esa cláusula como abusiva o lo contrario, puede suceder que, en opinión de la autoridad, esa cláusula sea conforme a Derecho. En este último caso, el artículo 24.6 del Reglamento de 2015 señala que la AGCM se podrá abstener de emitir una respuesta formal y motivada al empresario. Interpretando *a contrario* este artículo, se puede señalar que sí deviene exigible dicha respuesta en el caso de que la autoridad haya considerado que la cláusula podría resultar abusiva (POSMON, 2013, 839 y sigs.).

La decisión de aceptación de la cláusula es vinculante para la propia AGCM que no podrá iniciar posteriormente un procedimiento de control administrativo ordinario en los términos vistos más arriba (art. 37 bis apartado 3 del *Codice del Consumo*)⁵⁷; de tal manera que, en este ámbito, es comprensible que la AGCM actúe con una mayor cautela. Por el contrario, no se prevé consecuencia alguna para el caso de que la cláusula sea valorada como abusiva. Se puede entender que la puerta queda abierta a la posibilidad de iniciar de oficio el procedimiento de control administrativo ordinario (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 432 y PANDOLFINI, 2012, 56) que habitualmente concluirá confirmando la decisión adoptada en sede de *interpello*. Tratándose del mismo órgano, resultará poco común encontrar una resolución que se manifieste a favor de la cláusula cuando ya había sido objeto de una valoración negativa en sede de *interpello* (MINERVINI, 2012, 567).

Además, en la línea de lo que sucede con el procedimiento de control administrativo ordinario, el *interpello* también produce un efecto disuasorio para

la empresa, que tenderá a modificar la cláusula que pueda revestir carácter abusivo en opinión de la AGCM. Así, estoy de acuerdo en entender que no sería conveniente iniciar de oficio automáticamente un procedimiento *istruttorio* dejando abierta la posibilidad de que la empresa pueda proceder voluntariamente a la modificación de esa cláusula (ANGELONE, 2014, 37).

Por otro lado, es facultativa la publicación de la resolución en el sitio de internet de la AGCM (art. 24.7 del Reglamento de 2015). La oportunidad de proceder a su publicación viene motivada por cuestiones tales como: la relevancia o novedad de la cláusula en cuestión, o por el número de consumidores que podrían verse afectados (DE CRISTOFARO y ZACCARIA, 2013, 431 y ANGELONE, 2016, 543).

Se ha destacado como el procedimiento de *interpello* tiene como finalidad premiar a aquella empresa que ha actuado diligentemente sometiendo a la AGCM la valoración de las cláusulas que pretende utilizar (POSMON, 2013, 840 y ANGELONE, 2016, 544). Si la valoración es positiva contará con el ‘sello de calidad’ de la AGCM lo que favorece la publicidad del bien o servicio y posicionamiento en el mercado.

Al igual que, en el caso del control administrativo de carácter ordinario, las resoluciones de la AGCM son recurribles ante el juez administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.1 b) del Código del procedimiento administrativo⁵⁸.

IV. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL ADMINISTRATIVO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Desde el punto de vista teórico, DE CRISTOFARO y ZACCARIA destacan como, entre los riesgos que presenta este procedimiento, se encuentra la posibilidad de que se convierta en un fenómeno ‘parajurisdiccional’, ya que la Autoridad goza de una gran discrecionalidad en un contexto caracterizado por la ausencia de un verdadero procedimiento contradictorio (2013, 424). Aunque también encontramos opiniones que destacan, precisamente, como aspecto positivo de este control la amplia participación de la entidad afectada a lo largo de todo el procedimiento (POSMON, 2013, 836).

Por otro lado, si bien se ha pretendido implantar un sistema integrado de carácter judicial y administrativo, no se pueden obviar los problemas de coordinación que pueden existir entre tutela judicial y tutela administrativa⁵⁹. El juez en el ámbito de un juicio individual o colectivo actúa con plena autonomía, no estando, en ningún caso, vinculado por la decisión adoptada en el contexto de un procedimiento administrativo, en atención a la diversidad de intereses protegidos en uno y otro. Por esta misma razón se comprende que no haya prejudicialidad entre los dos procedimientos. Así el consumidor a título individual podría dirigirse al juez civil solicitando la nulidad de una determinada

cláusula, estando pendiente la resolución de un procedimiento administrativo ante la AGCM (BONACCORSI, 2013, 54-55)⁶⁰.

La falta de vinculación entre los distintos procedimientos puede llevar consigo decisiones diversas. Así, puede suceder que el juez en el ámbito de un procedimiento civil declare una cláusula abusiva cuando la misma no había sido considerada como tal por la AGCM, aunque también podría suceder lo contrario. Puede incidir el hecho de que en la valoración que se lleva a cabo en un juicio civil, a diferencia de lo que sucede en el contexto de un procedimiento colectivo de carácter abstracto, se toman en consideración más elementos, ligados a las circunstancias concretas del caso. Ahora bien, lo común será que, entre esas circunstancias, el juez tenga en cuenta la declaración emitida por la AGCM. A mi parecer, esta posible diversidad genera una situación de inseguridad jurídica para el empresario que no sabrá a qué atenerse y puede hacer dudar de la legitimidad de uno y otro órgano.

Tampoco, como ya se ha señalado más arriba, se ha dado una solución adecuada a los conflictos que podrían plantearse en el caso de ejercicio simultáneo de la competencia de control sobre las cláusulas abusivas por parte de la AGCM y las entidades reguladoras del sector y la Cámara de Comercio. Todas ellas, tienen atribuidas facultades en este ámbito de protección del consumidor. Ahora bien, es cierto que hasta ahora no se ha dado ningún supuesto de ejercicio simultáneo (POSMON, 2013, 830-831).

Desde el punto de vista práctico, hay que destacar que, en el tiempo que lleva de vigencia el artículo 37 bis, en el sitio web de la AGCM tan solo se registran 46 casos⁶¹. Entre los casos disponibles en el sitio de internet existen algunos en los que se puede llegar a dudar de la efectividad de la actuación de la AGCM. Tal es el caso de la decisión de 11 de mayo de 2017 contra una conocida red social⁶². Tratándose de un servicio gratuito, de contratación global, la publicación de dicha declaración en el sitio web de la entidad en Italia, no parece que vaya a ser motivo para que los usuarios dejen de utilizar la aplicación. Sin embargo, sin que medie un especial interés por parte de los consumidores, la intervención de la AGCM sí consigue una mejora en la prestación del servicio. Por ejemplo, en ese caso, entre otras cláusulas, fue declarada abusiva la cláusula de sumisión expresa.

También hay que destacar que la actuación de la AGCM, no sólo se ha limitado a valorar el posible carácter abusivo de determinadas cláusulas sino que también ha procedido a examinar cláusulas que podían resultar poco claras o incomprensibles, actuación que se ha puesto de manifiesto en el ámbito de los servicios financieros⁶³.

Por otro lado, durante los años 2013, 2014 y 2015 se registraron 3, 4 y 2 instancias de *interpello* respectivamente, lo que no representa un número muy significativo⁶⁴.

V. CONCLUSIONES

I. Con base en el artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE y como han hecho otros países, Italia ha encomendado a una autoridad administrativa independiente un control de carácter preventivo sobre la utilización de cláusulas abusivas que garantice un mercado de libre de competencia en el que el consumidor pueda contar con toda la información necesaria para poder elegir adecuadamente entre los distintos bienes y servicios ofertados en el mercado.

II. Este control puede incluirse entre los instrumentos *soft law* que se atribuyen actualmente al *public enforcement*, y que se apartan de los tradicionales mecanismos de control sancionatorio. Más que la imposición de una multa estos instrumentos persiguen la modificación voluntaria y espontánea de la conducta dañosa por parte del profesional. De esta manera se protege también al empresario que, en ocasiones, desconoce que esa cláusula puede resultar abusiva así como el efecto que esto puede llevar consigo.

III. Se trata de un control unificado en una sola autoridad de ámbito nacional lo que facilita un mayor alcance de su actuación. Aún, así, son todavía muy pocos los casos resueltos. En este sentido, se requiere un mayor compromiso por parte de la AGCM en la tutela del consumidor. De todas formas no puede negarse su efectividad, pues ya se ha señalado como, en la mayor parte de los casos, las empresas habían procedido de manera voluntaria a la modificación de las cláusulas.

IV. Al contrario de lo que sucede en el ámbito italiano, en España, la posibilidad de que cada comunidad autónoma pueda imponer sanciones por la utilización de cláusulas abusivas lleva consigo una dispersión en lo que al ejercicio de esta función de control se refiere, por eventuales diferencias de criterio que puedan surgir entre las distintas administraciones autonómicas. Por otro lado, en nuestro país, en algunas ocasiones, se ha puesto en duda la actuación de la administración pública en el ejercicio de su potestad sancionadora cuando ha procedido a la imposición de multas por la utilización de cláusulas abusivas que ni habían sido declaradas abusivas por los jueces y tribunales, ni tampoco se encontraban entre aquellas cláusulas que podrían considerarse abusivas (arts. 85 a 90 TRLGDCU), pero según la administración pública sí podían encajar dentro de la definición de cláusula abusiva recogida en el artículo 82. En estos casos, las empresas sancionadas consideraban que el artículo 82 TRLGDCU no revestía suficiente certeza para cumplir con el principio de tipicidad que debe informar el ejercicio de la potestad sancionadora. Además, señalaban que la operación de calificar una cláusula como abusiva debía ser una actividad estrictamente jurisdiccional⁶⁵. Este tipo de situaciones no se han dado todavía en Italia al carecer de un auténtico poder sancionatorio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G. (2003). La disciplina delle clausole abusive in Italia e nel Regno Unito. Metodi di controllo e questioni aperte. *Contratto e impresa. Europa*, núm. 2, 783-822.
- ANGELONE, M. (2014). La nuova frontiera del “public antitrust enforcement”: il controllo amministrativo dell’Agcm avverso le clausole vessatorie. *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 1, 9-40.
- (2016). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie alla luce dell’attività provvedimentoale condotta dall’AGCM nel triennio 2013-2015. *Concorrenza e mercato*, vol. 23, 525-551.
- BIANCA, M. (2000, 2ª ed.). *Diritto civile. Vol. 3: Il contratto*, Milán: Giuffrè.
- BONACCORSI, D. (2013). Prime considerazioni sui procedimenti in materia di clausole vessatorie innanzi all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. *Diritto e Fiscalità dell’assicurazione*, núm. 1, 35-56.
- BRIGHT, S. (2000). Winning the battle against unfair contract terms. *Legal Studies (the Journal of the Society of Legal Scholars)*, núm. 3, Vol. 20, 331-352.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY (2015). Unfair contract terms guidance: Guidance on the unfair terms provisions in the Consumer Rights Act 2015. (CMA 37). Disponibile en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/450440/Unfair_Terms_Main_Guidance.pdf [Descarga: 27 de julio de 2017].
- DE CRISTOFARO, G. y ZACCARIA, A. (2013, 2ª ed). *Commentario breve al diritto dei consumatori (Codice del consumo e legislazione complementare)*, Milán: CEDAM.
- MAZZEO, M. y BRANDA, S. (2012). Una nuova tutela contro le clausole vessatorie. *Obbligazioni e Contratti*, núm. 5, 386-389.
- MINERVINI, E. (2006). *Dei dontratti del consumatore in Generale*. Turín: Giappichelli.
- (2012). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie nei contratti del consumatore. *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 3, 563-573.
- MINERVINI, V. (2013). Nuove Prospettive Della Funzione Sanzionatoria Delle Autorità Indipendenti. *Concorrenza e Mercato*, núm. 1, 163-192.
- PANDOLFINI, V. (2012). La tutela amministrativa dei consumatori contro le clausole vessatorie. *Il Corriere Giuridico*, núm. 2, 47-60.
- POSMON, E. (2013). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie: luci e ombre di un modello di controllo. *Le nuove leggi civili commentate*, núm. 4, 823-849.
- QUERCI, A. (2013). Le novità introdotte nel Codice del consumo dal d.l. 1/2012 ed il ruolo delle associazioni dei consumatori nella tutela contro le clausole vessatorie. *Contratto e Impresa*, núm. 2, 446-465.
- ROSSI, L. (2012). La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie. *Obbligazioni e Contratti*, núm. 7, 492-497.
- REBOLLO PUIG, M. e IZQUIERDO CARRASCO, M. (directores) (2011), *La Defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Madrid: Iustel.
- RUMI, T. (2012). Il controllo amministrativo delle clausole vessatorie. *I contratti*, núm. 7, 638-647.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2018). Dos modelos de control administrativo de las cláusulas abusivas: España y Reino Unido. *Revista de Derecho Civil*, núm. 2 (abril-junio), 243-272.

- TEROL GÓMEZ, R. (2013). Capítulo XVI: El régimen sancionador en materia de consumo. Las disposiciones del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de defensa de los consumidores y usuarios. En MORILLAS CUEVA, L. (dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J.M. *Derecho y Consumo: aspectos penales, civiles y administrativos*, 563-622.
- TIRIO, F. (2012). *Le autorità indipendenti nel sistema misto di enforcement della regolazione*, Torino: Giappichelli.
- ERVINE, W.C.H. (2004). The unfair terms in consumer contracts regulations in the courts. *Scots Law Times*, núm. 21, 127-131.

NOTAS

¹ Este trabajo se ha elaborado en el marco de una estancia de investigación como profesora visitante en la Universidad de Verona, por invitación del prof. Stefano Troiano, cuya orientación y hospitalidad quiero agradecer muy especialmente.

² Una exposición del sistema inglés, que incluye su comparación con el español, en SÁNCHEZ-VENTURA MORER (2018, 243-272).

³ La Directiva 93/13/CEE fue objeto de trasposición al Derecho inglés a través de The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999 a día de hoy sustituida por Consumer Rights Act. 2015.

⁴ Información disponible en: <https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority/about> [Fecha de consulta 16 de agosto de 2018].

⁵ Gazzetta Ufficiale (en adelante, GU) Serie Generale n. 19 del 24 de enero de 2012 - Suppl. Ordinario n. 18.

⁶ *Codice del consumo*, Decreto Legislativo, 6 settembre 2005, n. 206 a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229. (GU n. 235 del 8 de octubre de 2005 - Suppl. Ordinario n. 162).

⁷ Con anterioridad a la recepción de la Directiva, Italia disponía de un régimen de protección del adherente de carácter formal destinado a asegurar que el adherente conocía de la existencia de las condiciones generales de la contratación. Este régimen se encuentra recogido en los artículos 1341 y 1342 del Código civil, a día de hoy todavía vigentes. *Vid.*, BIANCA (2000, 350 a 352).

⁸ Algún autor se refiere a ellos distinguiendo entre el llamado control sucesivo-prescriptivo y control preventivo consultivo. *Vid.*, MINERVINI (2012, 565).

⁹ Título completo del Reglamento: *Delibera AGCM 1 aprile 2015, n. 25411: Regolamento sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, violazione dei diritti dei consumatori nei contratti, violazione del divieto di discriminazioni, clausole vessatorie*, G.U. del 23 aprile 2015, n. 94. Este Reglamento sustituye a un Reglamento anterior de 8 de agosto de 2012 *sulle procedure istruttorie in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, pratiche commerciali scorrette, clausole vessatorie*, GU Serie Generale n. 200 del 28 de agosto de 2012.

¹⁰ Opiniones de BIANCA y MAJELLO recogidas en RUMI (2012, 643 y 647).

¹¹ La acción inhibitoria del artículo 37 del *Codice del Consumo*, responde a una especial tutela jurisdiccional que viene reconocida a las asociaciones de consumidores frente al profesional o uniones de empresarios que utilicen, o recomienden la utilización, de condiciones generales de la contratación que resultan abusivas para solicitar el cese en el uso de las mismas. Trae causa del artículo 169 TFUE (*ex art.* 153 Tratado CE) y también de la Directiva 98/27/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a los procedimientos inhibitorios en tutela de los consumidores. El ejercicio de la acción inhibitoria contemplada en el artículo 37 del *Codice del Consumo*, hay que ponerlo en relación con el artículo 140 que regula los aspectos procedimentales básicos de la acción inhibitoria general prevista en

el artículo 139. En este sentido, la acción inhibitoria del artículo 37 propia del ámbito de las cláusulas abusivas, no es más que una especificación de la acción general prevista en el artículo 139 ejercitable para cualquier violación de los derechos de los consumidores previsto en el mismo Código. Por otro lado, el artículo 140.10 del *Codice del Consumo*, señala que la acción inhibitoria prevista en el artículo 37 se ejercita en el sentido y de acuerdo con el procedimiento descrito en el artículo 140.

¹² A día de hoy sustituida por Decreto Legislativo 15 de febrero de 2010, número 23, *Riforma dell'ordinamento relativo alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, in attuazione dell'articolo 53 della legge 23 luglio 2009*, n. 99; GU del 25 febbraio 2010, n. 46.

¹³ El artículo 140 bis instaura la acción colectiva resarcitoria, destinada a garantizar la tutela colectiva resarcitoria de una pluralidad de consumidores y usuarios cuyos derechos han sido lesionados por una conducta pluriofensiva de la empresa, productor u oferente de servicios. *Vid.*, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 943 y sigs.).

¹⁴ Todavía podríamos añadir la posibilidad de interponer recurso frente a la resolución de la AGCM: si la entidad afectada no está de acuerdo con el contenido de la resolución, tiene la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 135.1 b) del Código del procedimiento administrativo.

¹⁵ La *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* es una autoridad administrativa independiente que desarrolla su actividad con plena autonomía respecto del poder ejecutivo. Su competencia principal es garantizar la libre competencia del mercado a través del control de actuaciones tales como el abuso de posición dominante o las operaciones de concentración. También tiene atribuida la tutela del consumidor.

¹⁶ Traducción libre.

¹⁷ *Cfr.*, TIRIO, (2012, 15-20). De acuerdo con este autor, el término *enforcement* hace referencia, con carácter general, a todo el conjunto de mecanismos e instrumentos jurídicos que tratan de garantizar el cumplimiento y la efectividad de la regulación, que podrán arbitrase a través de sujetos de carácter público o privado, siendo mucho más común la presencia de los primeros. Entre los sujetos de carácter público, destacan las autoridades independientes a las que se les puede atribuir unas u otras competencias en función de las cuales tendrán una mayor o menor capacidad de intervenir, más o menos directamente, en el mercado. Entre las competencias de una mayor intensidad se encuentra la competencia normativa para aprobar reglamentos. Por otro lado, encontramos algunas funciones *soft law*, que no por ello son menos eficaces como son: la intervención en procedimientos de carácter jurisdiccional, la actividad consultiva, la proposición de políticas, la coordinación entre los distintos sujetos intervinientes en un determinado sector, así como garantizar la observancia de las normas sin que sea necesario la utilización de instrumentos de carácter sancionatorio, que resultan ser normalmente mucho más costosos. Es en esta última función donde se encuadra la actuación de la AGCM en lo que se refiere a las cláusulas abusivas.

¹⁸ Dichos artículos recogen a grandes rasgos el régimen de incorporación de las condiciones generales de la contratación a los contratos en general y que responde al control formal de estas condiciones existente en Derecho italiano con anterioridad a la trasposición de la Directiva 93/13/CEE. *Vid.*, BIANCA, (2000, 350-352).

¹⁹ *Vid.*, también, ANGELONE (2014, 19); PANDOLFINI (2012, 50); MINERVINI (2012, 569) y ANGELONE (2016, 529).

²⁰ AGCM, Provv. 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28), apartado 28; Provv. 11 de junio de 2013, n. 24400 (CV33), apartado 58 y Provv. 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47), apartado 39. Disponibles en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausedivessorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

²¹ La solicitud se remitirá en formato papel o en formato electrónico (art. 23.2 Reglamento de 2015).

²² El responsable del procedimiento es un funcionario de la AGCM cuya función principal es la de recopilar toda la información que resulte necesaria y útil para la actividad de evalua-

ción que realizará el *Collegio*, órgano encargado de decidir si la cláusula es o no finalmente abusiva. *Vid.*, artículo 3 Reglamento de 2015.

²³ Se entiende aplicable el artículo 4 del Reglamento que señala que la solicitud deberá contener en primer lugar los datos personales y de contacto del solicitante, los elementos suficientes que permitan identificar cuál es la cláusula en cuestión así como cualquier otro elemento que pueda resultar útil para que la Autoridad lleve a cabo su evaluación (eventual reclamación realizada al profesional, copia de la correspondencia mantenida). *Vid.*, POSMON (2013, 826) y ANGELONE (2016, 532).

²⁴ Estas causas se encuentran recogidas en el artículo 5 del Reglamento. A estos supuestos generales podríamos añadir dos supuestos más. Se procede al cierre del procedimiento de manera anticipada cuando la cláusula objeto de discusión responde a un comportamiento aislado, o bien la cláusula forma parte de un mensaje publicitario o práctica comercial manifiestamente incorrectos, por lo que esa cláusula no induciría a error al consumidor en ningún caso. *Vid.*, BONACCORSI, (2013, 40-41).

²⁵ Solo en un supuesto la empresa no procedió a la eliminación de la cláusula, *vid.*, AGCM, Provv. 4 de mayo de 2017, n. 26599 (CV149), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

²⁶ El *Collegio* es el órgano decisorio sobre el que recae la competencia de declarar si una cláusula es o no abusiva. El *Collegio* está formado por tres personas, una de ellas ejerce la función de presidente. Los miembros son nombrados por el presidente del Congreso y del Senado. Sus cargos duran 7 años y no son renovables.

²⁷ Traducción libre. Artículo 23.4 del Reglamento de 2015: «Ad eccezione dei casi di particolare gravità, qualora sussistano fondati motivi tali da ritenere che clausole inserite in contratti tra professionisti e consumatori di cui all'articolo 37-bis, comma 1, del Codice del Consumo siano vessatorie, il responsabile del procedimento, dopo averne informato il Collegio, può informare per iscritto il professionista della probabile vessatorieta' della clausola contrattuale (moral suasion)».

²⁸ *Vid.*, también, BONACCORSI (2013, 41).

²⁹ AGCM, Provv. 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

³⁰ Plazo que se amplía a 210 días en el caso de que la empresa tenga su domicilio en el extranjero (art. 23.5 Reglamento de 2015).

³¹ En concreto, el artículo 23.6 del *Codice del Consumo* se refiere a: las asociaciones representativas de los intereses de los empresarios a nivel nacional, la Cámara de Comercio, las asociaciones de representación de consumidores a nivel nacional, así como cualquier otra asociación o unión interesada en la cláusula objeto de valoración por razón de su experiencia en el sector.

³² En este sentido, el artículo 137 del *Codice del Consumo* reconoce a las Asociaciones de consumidores un papel clave en la tutela de los intereses generales de los consumidores.

³³ Así lo reconoce la AGCM en las relaciones anuales sobre la actividad desarrollada. A título de ejemplo: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2016*, publicado el 31 de marzo de 2017, disponible en: http://www.agcm.it/dotcmsDOC/relazioni-annuali/Relazioneannuale2016/Relazione_annuale_2017.pdf [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018], 31. *Vid.*, también, ANGELONE (2016, 536).

³⁴ En el procedimiento de 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47), la AGCM se había dirigido a la Cámara de Comercio solicitando su parecer sobre determinadas cláusulas incorporadas a contratos de mantenimiento de ascensores e instalación de plataformas elevadoras de carácter móvil. Disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

³⁵ Traducción libre. Artículo 12.1 Reglamento de 2015: «Il responsabile del procedimento acquisisce nel corso dell'istruttoria ogni elemento utile alla valutazione della fattispecie. A tal fine può richiedere informazioni e documenti ad ogni soggetto pubblico o privato».

³⁶ Vid. también, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 429) y ANGELONE (2014, 26).

³⁷ Todas las actuaciones previstas en este apartado encuentran su fundamento en la Legge 10 ottobre 1990, n. 287, Norme per la tutela della concorrenza e del mercato. (GU Serie Generale n. 240 del 13 de octubre de 1990).

³⁸ En su apartado tercero, este artículo señala que las partes podrán hacerse representar por su abogado o bien por una persona de su confianza que acredite, mediante la exhibición del correspondiente poder, dicha facultad de representación.

³⁹ AGCM, Provv. 27 de marzo de 2013, n. 24288 (CV28); Provv. 11 de junio de 2013, n. 24400 (CV33); Provv. 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47); Provv. 25 de junio de 2014, n. 24997 (CV61); Provv. 1 de agosto de 2014, n. 25052 (CV92); Provv. 4 de mayo de 2017, n. 26599 (CV149); Provv. 9 de agosto de 2017, n. 26729 (CV157). Más casos disponibles en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

⁴⁰ Así lo han destacado numerosos autores: DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 425); PANDOLFINI (2012, 52); QUERCI (2013, 456); ANGELONE (2016, 546) y MINERVINI (2012, 571). También lo ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, sirva como ejemplo: TAR Lazio, 6 de junio de 2018, n. 6321, cv 146.

⁴¹ Artículo 34.1 *Codice del Consumo*: «La vessatorieta' di una clausola e' valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende». Vid., PANDOLFINI (2012, 52-53).

⁴² En este sentido: Provv. 1 de agosto de 2014, n. 25052 (CV92), disponible en: <http://www.agcm.it/consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-sp-88229753.html>, [Fecha de consulta 29 de junio de 2018], apartado 39. Vid., también ANGELONE (2016, 548).

⁴³ En este sentido: AGCM, Provv. 9 de octubre de 2013, n. 24544 (CV47), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 03/11/2018], apartado 69.

⁴⁴ En Italia recibe el título de lista *grigia* (lista gris). Vid., artículo 33.2 del *Codice del Consumo*.

⁴⁵ AGCM, Provv. 25 de junio de 2014, n. 24997 (CV61), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018], apartado 22.

⁴⁶ Traducción libre.

⁴⁷ Según la AGCM en el periodo 2012-2016, son 31 los casos que han finalizado con propuesta de la empresa para proceder a la modificación de la cláusula. Vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2016*, publicado el 31 de marzo de 2017, <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018], 229. Vid., también, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 429-430) y ANGELONE (2016, 541).

⁴⁸ En todos los casos excepto en uno que afectaba a una empresa de servicios de telefonía móvil, AGCM, Provv. 4 de mayo de 2017, n. 26599 (CV149), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 03/11/2018].

⁴⁹ Traducción libre.

⁵⁰ Traducción libre.

⁵¹ Cfr., MINERVINI (2013, 174-188). Este autor desarrolla y destaca como ejemplo las llamadas *decisioni con impegni* (decisiones de compromiso) que tienen su origen en el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. Se trata de una medida de carácter administrativo cuyo contenido principal es la aceptación de la solución planteada por la empresa de cara a remediar el ilícito cometido. Se trata de una solución que, en todo caso, será valorada de conformidad a su capacidad para remediar los daños causados, así como el beneficio que pueda traer consigo a nivel general sobre los distintos intereses

presentes en el mercado, tanto en el ámbito de la competencia como de la protección de los consumidores.

⁵² Sin embargo, la AGCM en octubre de 2017 se dirigió al legislador poniendo de manifiesto la necesidad de dotar a la agencia de poderes similares a los que goza en materia de prácticas comerciales desleales o publicidad engañosa de cara a garantizar la efectividad de la protección de los consumidores respecto al uso de cláusulas abusivas. Considera que la mera publicación de la decisión en el sitio de internet otorga una protección algo precaria. *Vid.*, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2017*, publicado el 31 de marzo de 2018, disponible en: <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018], 240.

⁵³ Existe algún autor que se ha referido a la posibilidad de someter al procedimiento de *interpello* también las cláusulas que ya estén siendo utilizadas por el empresario; *vid.*, PANDOLFINI (2012, 56).

⁵⁴ Formulario disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/> [Fecha de consulta 03/11/2018].

⁵⁵ Traducción libre. artículo 24.2 Reglamento del 2015: «2. Ai fini del prodursi degli effetti di cui al comma 3 dell'articolo 37-bis del Codice del Consumo, l'impresa richiedente l'interpello deve indicare compiutamente le ragioni e gli obiettivi che motivano l'inserimento della singola clausola, la sua non vessatorieta' anche in relazione all'eventuale rilevanza di altre clausole contenute nel medesimo contratto o in altro contratto al quale il primo e' collegato o dal quale dipende, nonche' le modalita' e circostanze in cui avverra' la negoziazione e conclusione del contratto».

⁵⁶ Este plazo podría ampliarse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24.4 del Reglamento de 2015 en el caso de la que empresa haya proporcionado información inexacta o no veraz.

⁵⁷ El artículo establece: «Le clausole non ritenute vessatorie a seguito di interpello non possono essere successivamente valutate dall'Autorita' per gli effetti di cui al comma 2».

⁵⁸ Hasta el momento solo se registra un caso en el que la entidad haya recurrido la decisión de la AGCM (TAR Lazio Roma ord. 22 maggio 2013, n. 2011. Disponible en: www.giustiziaamministrativa.it).

⁵⁹ En general en lo que se refiere a la coordinación en los distintos instrumentos de tutela judicial y administrativa, *vid.*, DE CRISTOFARO y ZACCARIA (2013, 433); BONACCORSI (2013, 55); QUERCI (2013, 459-460) y ANGELONE (2016, 549).

⁶⁰ Sin embargo, hay que tener en cuenta que en el caso de se ejercite una acción inhibitoria (en el sentido del artículo 37 o 140 del *Codice del Consumo*) estando pendiente un procedimiento de carácter administrativo, se suspende el procedimiento judicial a la espera de la resolución definitiva de la Administración.

⁶¹ Información disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessorie/provvedimenti-ed-estratti> [última consulta realizada: 3 de noviembre de 2018]. Por ejemplo, en el 2018, tan solo se registraron 6 casos relativos a cláusulas abusivas, *vid.*, *Relazione annuale sull'attività svolta 2018*, publicado el 31 de marzo de 2019, 195. Disponible en: <https://www.agcm.it/pubblicazioni/dettaglio?id=1cefe1c2-db85-43b7-b8fecf2e3741986d&parent=Relazioni%20annuali&parentUrl=/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta 15/07/2019]. De la información disponible, se puede comprobar como la actuación de la AGCM ha ido dirigida, en una primera etapa a sectores específicos como el inmobiliario, el alquiler de vehículos, los contratos de mantenimiento de ascensores o los contratos de seguridad y vigilancia privadas. Recientemente, la AGCM ha comenzado a publicar los casos que finalizan de manera anticipada en los que la empresa procede a remover de manera voluntaria la cláusula con anterioridad a la apertura de la fase de instrucción en virtud de lo dispuesto en el artículo 23.4 del Reglamento de 2015. Se registran 3 casos en materia de cláusula abusivas: MS-CV20 - Autonoleggio-condizioni generali di contratto de 9 de mayo de 2014, MS-CV39 - Condizioni di contratto - servizi fitness de 7 de mayo de 2014 y MS-CV51 Russano - Contratti di vendita e manutenzione ascensori de 7 de enero

de 2014. Información disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/esiti-moral-suasion> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

⁶² AGCM, Provv. 11 de mayo de 2017, n. 26596 (CV154), disponible en: <http://www.agcm.it/competenze/tutela-del-consumatore/clausole-vessatorie/provvedimenti-ed-estratti> [Fecha de consulta 3 de noviembre de 2018].

⁶³ Vid., *Relazione annuale sull'attività svolta 2018*, publicado el 31 de marzo de 2019, 204. Disponible en: <https://www.agcm.it/pubblicazioni/dettaglio?id=1cefe1c2-db85-43b7-b8fecf2e3741986d&parent=Relazioni%20annuali&parentUrl=/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta 15/07/2019].

⁶⁴ Para el año 2013, vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2013*, publicado el 31 de marzo de 2014, 164. Para el año 2014, vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2014*, publicado el 31 de marzo de 2015, 240 y para el año 2015, vid., Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, *Relazione annuale sull'attività svolta 2015*, publicado el 31 de marzo de 2016, 210. Las memorias anuales de la actividad desarrollada por la AGCM se encuentran disponibles en: <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali> [Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2018].

⁶⁵ Vid, entre otras, STS núm. 1127/2017, de 27 de junio (*RJ* 2017, 3171); STS núm. 1557/2017, de 16 de septiembre (*RJ* 2017, 4672); STJ Andalucía núm. 14455/2016, de 31 de marzo (*JUR* 2017, 51562); STJ Andalucía núm. 197/2017, de 16 de febrero (*JUR* 2017, 162055); STSJ Castilla-La Mancha núm. 78/2001, de 28 de septiembre (*JUR* 2001, 328294) o STSJ de Castilla-La Mancha núm. 82/2001, de 2 de octubre (*JUR* 2002, 14078).

*(Trabajo recibido el 11-4-2019
y aceptado para su publicación el 27-5-2019)*

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 7-3-2019
BOE 4-4-2019
Registro de la Propiedad de Sarria-Becerreá.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión del recurrente, señaladamente la cancelación de un asiento ya practicado al entender aquel que se fundamenta en una calificación errónea, cuestión reservada al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria). 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).

En caso de que lo que se pretendiese fuese la nulidad de la inscripción de cancelación de otra inscripción de cancelación, debería seguirse el correspondiente procedimiento ante los tribunales y solicitar en el mismo la anotación preventiva de la demanda como medida cautelar, nada de lo cual ha ocurrido en este caso.

Resolución de 7-3-2019

BOE 4-4-2019

Registro de la Propiedad de Elda, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: NO PUEDEN TENERSE EN CUENTA DOCUMENTOS QUE EL REGISTRADOR NO TUVO A SU DISPOSICIÓN AL HACER LA CALIFICACIÓN.

Como señala 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. Por tanto, es obligado rechazar aquí cualesquiera pretensiones de la recurrente relativas a documentos, como la referida sentencia firme de anulación de la reparcelación inscrita, que no han sido presentados para ser objeto de la calificación registral que ahora se recurre. Y, procede confirmar la calificación negativa de la registradora relativa a la escritura de donación, pues constando cancelado el historial registral de la finca objeto de donación, no es posible la inscripción de tal donación en el folio registral de la finca cancelada, ya que lo impide el principio de tracto sucesivo formulado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 7-3-2019

BOE 4-4-2019

Registro de la Propiedad de Caldas de Reis.

OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN EN LA LEGISLACIÓN GALLEGA.

El recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador, 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 (cfr., por todas, las resoluciones de esta Dirección General de 21 de julio de 2017 y 31 de octubre de 2018).

Sobre la cuestión de fondo, relativa a la exigencia o no de licencia de primera ocupación, el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, establece en su artículo 28, que tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, los notarios exigirán, además de otros documentos, 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 y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable.

Como ha tenido ocasión de afirmar este Centro Directivo, en las resoluciones de 29 de octubre (2.^a) y 3 de diciembre (1.^a) de 2012 y 15 de abril de 2013 (2.^a) y 28 de junio de 2016, procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras

nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa.

En el presente caso, del documento incorporado a la escritura resulta que ya consta previamente comprobado por el Ayuntamiento, a través del referido documento de «validación de declaración de inicio de actividad» el cumplimiento de los requisitos relativos a la actividad hostelera que se pretende desarrollar en la edificación declarada. En cambio, no consta la preceptiva, y posterior, licencia de ocupación del edificio, exigida por el artículo 142 de la Ley de suelo de Galicia y cuya ausencia ha sido acertadamente señalada como defecto para la inscripción en la nota de calificación ahora recurrida, y que debe confirmarse.

Resolución de 8-3-2019

BOE 4-4-2019

Registro de la Propiedad de Murcia, número 4.

DOCUMENTOS JUDICIALES: TÍTULO EJECUTIVO. DOCUMENTOS JUDICIALES: FIRMEZA.

Lo primero que debe afirmarse es que la calificación debe ser global y unitaria. Y aunque es independiente de la formulada por otros registradores (y por tanto también de la formulada por registradores anteriores titulares de la plaza) eso no impide que la calificación deba formularse en plazo (cfr. art. 18 Ley Hipotecaria).

Es cierto, como ha afirmado la Dirección General de los Registros y del Notariado, que no fuera directamente inscribible la ejecución de un convenio regulador de los efectos del divorcio en el que se acordó la resolución, en caso de incumplimiento, de las adjudicaciones convenidas, pues faltaba la previa determinación judicial de la existencia del incumplimiento. Pero en este expediente estamos en presencia de un proceso de ejecución de una resolución judicial que aprueba y homologa una transacción judicial lograda en el proceso declarativo, que ya directamente contiene una condena (la del pago de cantidad o la resolución *ipso facto* de la permuta origen del pleito). No se trata por tanto de una condición resolutoria de un convenio entre partes que requiera determinación previa en una sentencia constitutiva.

En cuanto a la falta de firmeza de la resolución judicial es cierto que tratándose de documentos judiciales, el concepto de «ejecutoria», interpretado a la luz de lo establecido en el artículo 517.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conduce necesariamente a la idea de resolución judicial firme (art. 524 LEC). A la vista de estas consideraciones, parece evidente que el recurso no puede prosperar en cuanto a este segundo defecto, por mucho que el recurso de oposición aún existente contra la resolución de ejecución no sea suspensivo. No es posible inscribir un decreto de adjudicación hallándose pendiente de resolución un recurso de oposición que el ejecutado ha interpuesto impugnándolo. La falta de firmeza impide la inscripción y el devenir de la resolución impugnada queda en la órbita de los tribunales sin que competa al registrador valorar la existencia de una dilación indebida. Todo ello sin perjuicio de que se pueda tomar anotación preventiva de la sentencia dictada, como ya admitió la resolución de 12 de noviembre de 1990.

Resolución de 8-3-2019

BOE 4-4-2019

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 3.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo. Ahora bien, no siempre es fácil decidir, en cada caso concreto, si el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca y, en este caso, una vez nacida la obligación dentro de dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya prescrito, aun cuando ya hubiere vencido aquel (resolución de 17 de octubre de 1994, entre otras).

Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse a la caducidad legal por transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. La cancelación convencional automática, como viene reiterando este Centro Directivo, solo procede cuando la extinción del derecho real tiene lugar de un modo nítido y manifiesto.

Resolución de 13-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

REQUISITOS FISCALES: PLUSVALÍA.

El artículo 254 LH establece que «el Registro de la Propiedad no practicará la inscripción correspondiente de ningún documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana, sin que se acredite previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración, del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por el Real Decreto Legislativo, 2/2004, de 5 de marzo».

El Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la correspondiente Ordenanza Fiscal estableciendo como obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo (*vid.* art. 24.1 de la Ordenanza). No obstante, este carácter obligatorio, la misma Ordenanza permite presentar declaración ante la Administración Tributaria Municipal cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta (art. 26 de la Ordenanza). También se preocupa la Ordenanza de detallar cómo debe entenderse acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de este impuesto para evitar el cierre del

Registro. En este sentido, el artículo 33 de la Ordenanza municipal de Madrid exige para que el registrador pueda practicar la inscripción del documento, que se presente «(...) b) la declaración tributaria debidamente sellada en las oficinas municipales». Sin embargo, la Administración Municipal admite como tales las declaraciones tributarias presentadas de acuerdo con las normas de procedimiento administrativo.

En la copia autorizada de la escritura consta el justificante de presentación en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda, con expresa referencia del destinatario (Ayuntamiento de Madrid), la expresa declaración del hecho imponible a los efectos del Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, solicitando su exención, anexando copia simple de la escritura de herencia. Este documento debe entenderse suficiente a los efectos de levantar el cierre registral, si bien se comete el error de que consta como escritura de herencia la autorizada el día 5 de septiembre de 2018, número 2.973 de protocolo, ante el notario de Madrid, don José ORTIZ RODRÍGUEZ, cuando en realidad es ante el notario de Madrid, don Ignacio RAMOS COVARRUBIAS, error que no ha sido alegado por la registradora, por lo que este Centro Directivo no puede pronunciarse.

Resolución de 13-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Teguiuse.

REQUISITOS FISCALES: ACTA NOTARIAL DEL ARTÍCULO 201 LH.

En relación con el primero de los extremos relacionados son numerosas las ocasiones en las que este Centro Directivo (*vid.* resoluciones recogidas en los «Vistos») ha analizado el alcance del denominado cierre registral por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones fiscales, tanto en relación a los impuestos sobre transmisiones patrimoniales onerosas y actos jurídicos documentados y de sucesiones y donaciones, como respecto al impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (plusvalía).

Conforme a los artículos 254 y 255 LH la falta de acreditación de la liquidación fiscal de los impuestos relacionados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y por tanto la suspensión de la calificación del documento. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados o de clara causa legal de exención fiscal —como ocurre en la aceptación de una hipoteca unilateral efectuada por la Tesorería General de la Seguridad Social (resolución de 23 de abril de 2007)—, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de

ser los órganos tributarios competentes —en este caso, autonómicos— los que podrán manifestarse al respecto.

El supuesto contemplado en el presente expediente es diferente al que motivó la resolución de este Centro Directivo de 12 de septiembre de 2016, pues en esta última resolución, la cuestión hacía referencia a la exigencia de presentación en la oficina de liquidación competente de una instancia de solicitud de inicio del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, mientras que en el presente caso se trata de un acta notarial que pone fin al procedimiento del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. Por todo ello no cabe sino confirmar la nota de calificación y desestimar el recurso, exigiendo que, para que pueda procederse a la calificación de la mencionada acta y, en su caso, practicar la inscripción, se acredite, en los términos señalados en el artículo 254.1 de la Ley Hipotecaria, el cumplimiento de las obligaciones fiscales correspondientes al impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Resolución de 13-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Gérgal.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: VENTA DE CUOTAS INDIVISAS.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 5, y 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 4), lo que en el caso de la Comunidad de Andalucía se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. También ha señalado que, la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación.

Puede concluirse que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración

de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos; mas, en otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

En el caso de la mera transmisión de una finca a dos compradores por mitad y proindiviso (mediante una compraventa simultánea y no sucesiva), o de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificar, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes (relativas a la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes, o cualesquiera otras que resulten pertinentes para tal valoración), y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable.

Resolución de 13-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. PROPIEDAD HORIZONTAL: CUOTAS INDIVISAS CON DESCRIPCIÓN DE USO DE UNA PLAZA DE GARAJE.

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.

El supuesto de hecho del presente expediente se refiere a la posibilidad de subsanar una escritura de compraventa, modificando el objeto transmitido. Es importante destacar que la subsanación se produce más de ocho años después de la transmisión operada en escritura pública, y que la finca que, según se afirma en la escritura de subsanación, fue el objeto de transmisión en cuanto a la cuota indivisa de un 0,50% (registral 50.542) consta ya transmitida e inscrita a favor de terceros en su integridad al tiempo de solicitarse la rectificación, sin que la entidad vendedora ostente ya titularidad registral alguna sobre dicha finca. Aun admitiendo como cumplido el requisito de la causalización de la rectificación del objeto de la compraventa en los términos indicados, no queda integrado el requisito del consentimiento de los titulares, pues la finca sobre la que se pretende inscribir la cuota indivisa transmitida a los compradores consta inscrita íntegramente a favor de terceros titulares distintos de la entidad vendedora (*vid.* arts. 20, 40 «*in fine*» y 82 de la Ley Hipotecaria), que ninguna intervención han tenido en la compraventa y en su rectificación, por lo que el defecto debe ser confirmado.

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, sin que quepa en la resolución del recurso formular otros pronunciamientos distintos al que tiene por objeto fijar el criterio del Centro Directivo sobre el ajuste o desajuste a Derecho de la calificación recurrida, sin que, por tanto, pueda desarrollarse en modo alguno la función consultiva que corresponde a esa Dirección General —sujeta a sus propias normas de legitimación, procedimiento, ámbito material y eficacia— dentro de la vía procedimental del recurso gubernativo contra la calificación de los registradores.

La primera cuestión planteada se refiere, pues, a la legitimación del titular de la cuota indivisa de una finca destinada a plazas de garaje y trasteros para atribuir a dicha cuota, junto con el comprador, el uso y disfrute exclusivo de una concreta plaza de garaje por medio de su descripción, en cuanto a su concreta y precisa superficie, en la propia escritura de compraventa, o de su rectificación, y con ocasión de la misma. Si se quiere modalizar la comunidad existente sobre el garaje, pasando de una comunidad ordinaria (arts. 392 y sigs. CC) a una comunidad especial con asignación de uso de plazas determinadas, con descripción singular de las mismas, deberán prestar su consentimiento a ello todos los copropietarios, dado el carácter de acto de alteración de la comunidad que comporta (art. 397 CC).

Por ello en el presente caso, en el que las cuotas transmitidas constan inscritas sin delimitación del espacio físico sobre el que se proyecta el derecho de uso exclusivo asignado, y en el que en el título calificado aparece ahora contenida dicha delimitación, si bien de forma incompleta y parcial, mediante descripción de manera individualizada, aunque incompleta, de la plaza asignada con expresión no solo de su cuota y número de orden, sino también de su cabida superficial (cfr. art. 68 Reglamento Hipotecario y apartado 2 del artículo 53 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio), debe confirmarse la calificación de la registradora, pues tal y como está determinado el derecho objeto de la venta implica una alteración del régimen de comunidad, lo que exige el consentimiento de todos los restantes copropietarios del local (*vid.* resoluciones de 6 de septiembre de 2002 y 13 de octubre de 2009).

Como se ha señalado anteriormente, el artículo 53.b) de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia urbanística, aprobado por el Real Decreto 1097/1997, de 4 de julio, impone, para los supuestos de transmisión de una participación indivisa de finca destinada a garajes, que suponga el uso y disfrute exclusivo de una zona determinada, que se incluya en el título «la descripción pormenorizada de la misma, con fijación de su número de orden, linderos, dimensiones perimetrales y superficie útil, así como la descripción correspondiente a los elementos comunes». La especificación de estos datos, incluida la descripción correspondiente a los elementos comunes, como afirmó la resolución de este Centro Directivo de 5 de diciembre de 2011, es una exigencia de claridad registral impuesta por el citado artículo 53.b) del Real Decreto 1093/1997. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada por la alegación del recurrente relativa a la elaboración de un plano por parte de un técnico titulado en el que figurarían los metros útiles, los metros construidos, incluyendo la parte proporcional de los espacios comunes y las respectivas cuotas de cada plaza de aparcamiento y trastero.

Resolución de 14-3-2019
BOE 9-4-2019
Registro de la Propiedad de Sahagún.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN CAUSANTE SUECO.

En el supuesto planteado el título sucesorio es la declaración de herederos (relación de sucesores e inventario ante la oficina tributaria), que se acompaña de documento expedido por notario sueco que certifica los particulares de aquel Derecho. Sin embargo, en el expediente no consta la aportación de certificado de defunción del causante, sometido a los requisitos formales de apostilla— al no ser Suecia parte del Convenio n.º 17 de CIEC (Convenio de Atenas). Tampoco resulta del expediente que se haya aportado certificado del Registro de Últimas Voluntades español, ni complementariamente —dada la fecha del fallecimiento del causante, anterior, como se ha indicado, a la aplicación del Reglamento 650/2012—, expresión de la inexistencia de Registro Oficial de Testamentos en Suecia, Estado del que es nacional el causante cuya ley es aplicable en el que no existe registro oficial testamentario alguno (www.e-justice/successions/ Suecia).

No obstante lo anterior, la traducción parcial, de los textos que acompaña el notario a la escritura calificada no reúne los requisitos establecidos en la disposición final decimosexta de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado, ni se está en un supuesto de excepción (*vid.* resolución de 4 de enero de 2019) sin que exprese el notario su conocimiento suficiente de la lengua sueca. Por lo tanto, el defecto debe ser íntegramente confirmado.

El segundo defecto, ligado al anterior, consiste en que, a juicio de la registradora, no se ha probado el Derecho sueco. Realmente hubiera sido deseable, en correcta técnica, que el notario autorizante realizara un juicio expreso en el cuerpo de la escritura, sobre la prueba de la ley aplicable a la sucesión. No obstante, de la lectura del documento resulta que da por probado el mismo por referencia al juicio de ley de notario sueco que acompaña a la copia autorizada formulado directamente en español y apostillado. Nada impide que el notario español haya formado su convicción aceptando un documento notarial extranjero que expresa un juicio sobre la prueba del Derecho y las leyes sucesorias suecas.

El carácter sucesorio de ciertas disposiciones relativas al régimen económico-matrimonial ha sido reconocido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 1 de marzo de 2018, en el asunto C-558/16, (Mahnkopf) en el ámbito del Reglamento (UE) n.º 650-2012. En la escritura calificada se dispone la adjudicación a la viuda de los bienes del difunto, por título sucesorio, pero también por su procedencia matrimonial.

La inscripción como fideicomiso de residuo que sugiere la registradora, como institución española más próxima, habida cuenta del sistema de «*numerus apertus*» que preside nuestro ordenamiento jurídico, supone la previa adaptación de la figura extranjera, desconocida a la figura lícita más próxima española. El reflejo registral de la posición jurídica del cónyuge viudo requerirá sin duda de la correspondiente adaptación en los términos de nuestra legislación nacional artículo 61 —también adecuación, artículo 57, para los documentos notariales— de la Ley 29/2015, de 30 de junio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. La diferencia entre adecuación y adaptación no es meramente terminológica, habiendo preferido el legislador reservar la expresión adaptación al

ámbito registral. La adaptación de la figura sucesoria extranjera a una institución conocida en nuestro Derecho, como es en este caso la sustitución fideicomisaria de residuo, exigirá la obligatoria comunicación previa al titular del derecho o medida. Cualquier interesado podrá impugnar la adaptación directamente ante un órgano judicial (art. 61.2 de la Ley 29/2015).

Por lo tanto, sin duda, será necesaria la correcta identificación de los hijos interesados (arts. 59 de la Ley 20/2015, 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 82 del Reglamento Hipotecario —designación nominativa—) precisando su notificación a efectos de la constancia de que no hay oposición a los efectos del instituto adaptado. Nada se señala porque no lo hace la registradora en su nota, respecto de la adecuada identificación de la viuda, puesto que en diversos documentos del expediente es conocida con dos apellidos distintos, de origen y matrimonio, razonablemente, siendo este último el indicado en el certificado de la Agencia tributaria sueca (Skatteverket). Por ello, dado que en la escritura calificada comparece solo la viuda en su propio nombre y derecho, además de ser precisa la plena identificación de los beneficiarios que solo son designados por su nombre y apellido, la registradora deberá notificar la adaptación hacia la sustitución en los domicilios consignados, salvo expresa aceptación de estos, en escritura complementaria del título calificado.

Resolución de 14-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: RECTIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO.

El recurso no puede prosperar, porque no consta un requisito esencial como es el consentimiento del titular de la finca registral 37.619 cuya rectificación se pretende. De este modo, ninguno de los medios propuestos por la recurrente, titular de la finca sí rectificada en su día y descrita conforme a la realidad extrarregistral, resulta apto para llevar a cabo la rectificación pretendida por las razones que se expresarán a continuación.

En primer lugar, la determinación de aquellos elementos que constituyen anejos inseparables de los elementos privativos constituye parte del contenido esencial del título constitutivo conforme al artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal y, como tal, cualquier modificación que afecte a aquellos debe quedar sujeta a las normas establecidas para la modificación del título constitutivo (cfr. art. 5 «*in fine*» de la Ley sobre propiedad horizontal).

Este Centro Directivo ha tenido la oportunidad de decidir que, en determinados casos, la modificación del título constitutivo de que se trataba consistía en actos de la junta como órgano colectivo de la comunidad, adoptados por unanimidad de los propietarios en los términos previstos en el artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, que no requieren la prestación de consentimiento individualizado de los titulares registrales.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo que determina que la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de dicha modificación, y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado.

En consecuencia, debe denegarse la inscripción pretendida, pues no consta ni el acuerdo unánime de la junta de propietarios con el consentimiento de los actuales titulares registrales de los elementos de la división horizontal (aunque sea como acto colectivo o unanimidad presunta, cfr. artículo 17, regla 8, de la Ley sobre propiedad horizontal), ni el consentimiento específico e individualizado del titular del elemento cuya rectificación se pretende, cuyo derecho de dominio quedaría afectado en su contenido esencial. En el caso del presente expediente lo cierto es que no consta ni el consentimiento de la registradora ni el del titular registral del elemento privativo cuyo anejo quedó sin rectificar y que ha de ser ahora modificado, sin que, en consecuencia, pueda practicarse rectificación alguna, ni siquiera por la vía del error de concepto.

Por lo que se refiere a la doble inmatriculación a que apela la recurrente en su escrito de recurso, y sin entrar en la cuestión de si efectivamente se trata de un verdadero supuesto de doble inmatriculación en el sentido previsto por el artículo 313 del Reglamento Hipotecario, lo cierto es que dicho precepto distingue en su tratamiento registral según que las fincas doblemente inmatriculadas estén inscritas a favor de una misma persona o de personas distintas. Para este último caso, que es el de este expediente, a su vez, se distingue en función de que exista o no acuerdo entre ellas, en sus reglas 2.^a y 3.^a. Por todo lo expuesto, resulta evidente que en el presente caso la rectificación es pretendida por la titular registral de una de las fincas, no así por el de la finca cuyo anejo inseparable e indivisible ha de ser sustituido, siendo su consentimiento expreso requisito esencial e imprescindible para poder practicar la rectificación ya sea por la vía de la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, ya por la de la rectificación del error de concepto, ya por la de la doble inmatriculación.

Resolución de 14-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía de Gran Canaria.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PUBLICIDAD FORMAL: ACREDITACIÓN DE INTERÉS LEGÍTIMO.

Con carácter previo, conviene recordar que el recurso solo puede versar sobre calificaciones y no sobre asientos ya realizados. 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).

Con arreglo 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 y derechos inscritos y, por tanto, este interés se ha de justificar ante el registrador. En consecuencia, ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (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.

En cuanto a la posibilidad de expedir certificaciones relativas a derechos o asientos extinguidos o caducados a solicitud expresa del interesado se recoge en el artículo 234 de la Ley Hipotecaria, pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo en los asientos solicitados, con más cautela incluso, que respecto de los asientos vigentes. Del análisis del historial registral no resulta que la causante a cuya herencia haya sido llamado el solicitante, sea o haya sido en ningún momento titular registral estando inscrita la finca a favor de un tercero que nada tiene que ver con ella. No acreditando, por tanto, el interés legítimo necesario para solicitarla, debe confirmarse la calificación del registrador.

Resolución de 15-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Mérida, número 1.

CONCURSO DE ACREEDORES: EFECTOS SOBRE LA EJECUCIÓN HIPOTECARIA.

Con la actual redacción de los artículos 568 LEC y 56LC el legislador ha dispuesto que todas las ejecuciones hipotecarias que se estén siguiendo en el momento de declararse el concurso contra concursado que no sea tercer poseedor del bien objeto de la garantía deben suspenderse, se sigan contra bienes afectos o necesarios para la actividad, o que no lo sean (habiéndose incluso suprimido la excepción a esa suspensión prevista en la redacción original del artículo 56.2 de la Ley Concursal desde que ahora la suspensión tiene lugar en todo caso e incluso cuando ya estuvieran publicados los anuncios de subasta del bien o derecho), y solo procederá alzar la suspensión y ordenar que continúe cuando se incorpore al procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no están afectos o no son necesarios para la continuidad de la actividad. Y es indudable que la suspensión ha de acordarse por el letrado de la Administración de Justicia del Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo de la ejecución de la garantía real. La pérdida del derecho de ejecución separada en caso de apertura de la fase de liquidación se extiende a todas las acciones reales no ejercitadas, afecten o no a bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial de la sociedad deudora. Es indiferente el carácter del bien o del derecho: lo que tiene trascendencia para el ejercicio de la acción antes de ese concreto momento procesal (art. 56.1, párrafo primero, de la Ley Concursal) carece de ella cuando se ha iniciado la fase final del concurso de acreedores. El acreedor no pierde el privilegio sustantivo: seguirá siendo acreedor con privilegio especial (art. 90.1.1.º de la Ley Concursal), pero pierde el privilegio procesal.

El recurrente entiende que se había celebrado la subasta el día 25 de septiembre de 2017, momento en el que debe entenderse cumplida la teoría del título y el modo y que no debe el ejecutante sufrir las consecuencias del retraso en la

expedición del decreto de adjudicación. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo sitúa en las ejecuciones judiciales el cumplimiento de la teoría del título y el modo en la plena aprobación judicial del resultado de la subasta, que tiene lugar existiendo título (aprobación del remate) y modo (adjudicación al rematante).

Como señalara la citada resolución de 10 de enero de 2017 tampoco es elemento suficiente para practicar la inscripción la falta de actuación del administrador concursal, o que no ejercitase los derechos reconocidos por la legislación procesal e hipotecaria ni que conociera la existencia de la ejecución hipotecaria, sin que hubiera formulado oposición, ni alegado la nulidad de lo actuado, pues esa aquiescencia no puede sanar la nulidad radical de la ejecución, ni puede legitimar la inscripción de la nueva titularidad a favor de la entidad de crédito ejecutante y adjudicataria.

Resolución de 15-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Orgaz.

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el plazo para la interposición de recurso es de un mes computado desde la fecha de la notificación de la calificación. La Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula el cómputo en el artículo 30 y 31. De todo ello se deduce que el último día para la presentación del recurso era el día 15 de diciembre de 2018. No obstante, dado que dicho día era sábado y por tanto, inhábil, el plazo quedó prorrogado hasta el día lunes 17 de diciembre de 2018, y por tanto el recurso quedó presentado dentro de plazo en Oficina competente para ello.

La cuestión planteada se refiere a la negativa de la registradora a cancelar las cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo letra C (practicada el 4 de junio de 2014) como consecuencia de la presentación de certificado del acta de adjudicación de bienes mediante adjudicación directa y de mandamiento de cancelación de cargas posteriores, expedidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Dependencia Regional de Recaudación de Toledo, dado que dicha anotación preventiva había caducado, antes de que la documentación calificada fuese presentada en el Registro de la Propiedad (3 de octubre de 2018).

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).

El estricto ámbito de la calificación no permite entrar en valoraciones sobre preferencia civil de embargos, que quedan reservadas a los procedimientos judiciales contenciosos, y fuera del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, en la que la caducidad opera de manera automática. 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.

Resolución de 18-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de La Unión, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEMANDADO.

Se plantea en el presente recurso si puede anotarse un embargo, cuando el mandamiento se dirige contra persona distinta del titular registral, y en dicho mandamiento nada se dice sobre la existencia de otra titularidad extrarregistral no inscrita. No se cumple el requisito del tracto sucesivo, ni de una manera ordinaria, ni tampoco de manera abreviada.

En cuanto a la posible aplicación del artículo 629.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hay que subrayar, en primer lugar, que de la documentación calificada no resultaba que el titular registral trajese causa del embargo, como exige dicho precepto y, en segundo lugar, que el artículo 629.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no permite la anotación del embargo, sino la anotación de suspensión del embargo.

En cuanto a la posibilidad de acudir al último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, para trabar la anotación, aunque la finca esté a nombre de persona distinta del embargado, hemos de rechazar esta posibilidad, en primer lugar, por el tenor literal del propio artículo 20, en su indicado párrafo. En segundo lugar, el precepto establece que es necesario que «a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento», circunstancia que tampoco concurre en el caso que nos ocupa, pues nada se dice en el mandamiento calificado a cerca de tal extremo.

La presente resolución no puede tener otros fundamentos de Derecho que los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 140 del Reglamento Hipotecario, pues de su lectura no cabe extraer otra conclusión que la que extrae el registrador en su nota de calificación.

Resolución de 18-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Chiva, número 1.

SENTENCIAS DE CONDENA: ARTÍCULO 708 LEC.

A diferencia de las sentencias declarativas o constitutivas, las sentencias de condena requieren para su eficacia plena, y por tanto para su acceso registral,

la tramitación del correspondiente proceso de ejecución. Cuando la sentencia como en el presente caso impone una obligación de hacer, consistente en emitir una determinada declaración de voluntad negocial, no es aquella el título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo.

Serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública (cfr. arts. 1217, 1218, 1279 y 1280 CC, 3 de la Ley Hipotecaria y 143 y 144 del Reglamento Notarial). El auto del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan solo viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente.

Resolución de 20-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Gergal.

CERTIFICADO DE EFICIENCIA ENERGÉTICA: RENUNCIA POR PARTE DEL COMPRADOR.

El 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, modificado por el Real Decreto 564/2017, de 2 de junio, en su artículo 2.1 dispone que «este procedimiento básico será de aplicación a: a) Edificios de nueva construcción. b) Edificios o partes de edificios existentes que se vendan o alquilen a un nuevo arrendatario, siempre que no dispongan de un certificado en vigor». El certificado de eficiencia energética es exigible no solo a los edificios de nueva construcción como ocurría con la normativa anterior, sino también a los edificios existentes.

Debe concluirse que, sin necesidad de prejuzgar sobre las exigencias que en determinados casos pudieran derivarse de la normativa de protección de consumidores (cuyo cumplimiento se facilita por el hecho de que en las escrituras de declaración de obra nueva terminada deba acreditarse el certificado de eficiencia energética), lo cierto es que en el presente supuesto, en que no se trata de una venta a consumidor es evidente que se puede renunciar a dicha exigencia, máxime si se tiene en cuenta que el comprador ya era copropietario de la mitad indivisa del inmueble objeto de la compraventa. Son dos los requisitos para la validez de la renuncia: que no se contrarie el interés o el orden público, lo que se vislumbra en las prohibiciones determinantes establecidas por la Ley; y que no perjudique a tercero.

En el conjunto de la normativa se dispone una regulación del derecho y de la obligación que deriva de la eficiencia energética, pero de ninguno de ellos resulta prohibición alguna de que se pueda renunciar al derecho o exonerar de la obligación de poner a disposición de los compradores o usuarios de los edificios el certificado de eficiencia energética que incluya la información objetiva sobre la eficiencia energética de un edificio y valores de referencia tales como requisitos mínimos de eficiencia energética.

En cuanto al segundo de los requisitos, esto es, que no haya perjuicio para tercero, tampoco se ve conculcado, ya que el tercero que pueda surgir a la relación

jurídica, por ejemplo, un arrendatario o usuario futuro, por la renuncia que en su día se hizo por otro usuario anterior, no pierde su derecho y puede exigir la entrega del citado certificado con la información de eficiencia energética referida.

Resolución de 20-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Estepona, número 2.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan las dudas que a juicio del registrador impiden la inscripción de la representación gráfica, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula las actuaciones 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, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

Como ya se indicó en las resoluciones de 14 de noviembre de 2016 y 21 de mayo de 2018, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a las actuaciones previstas en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevas actuaciones no contempladas en dicho precepto legal que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no perverse en dicha regulación, haría derivar las mismas en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza.

En el presente caso las dudas del registrador manifestadas en la nota de calificación se basan en una supuesta invasión de dominio público, resultando que la Administración Pública formula oposición expresa a la inscripción pretendida, limitándose a hacer constar que según las coordenadas georreferenciadas de la

parcela que se presentan esta ocuparía suelos calificados como viario en el Plan General de Ordenación Urbana de Estepona. Conforme a los artículos 9 y 199 de la Ley Hipotecaria debe evitarse la inscripción de una representación gráfica que coincida en todo o parte el dominio público, por lo que resulta procedente determinar si la mera afectación de la finca para ser destinada a viales implica el carácter demanial de la misma antes de producirse la aprobación del instrumento de ejecución del planeamiento que determina la afectación de la finca para ser destinada a viales.

En el concreto supuesto de este expediente, 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, no obstante la parquedad de los términos en que se pronuncia, es terminante, poniendo 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. Y sin que se pueda compartir el argumento del recurrente de que el registrador, a través de los medios de que dispone, debería comprobar la efectiva aprobación administrativa del proyecto de equidistribución, pues puede darse la circunstancia de concurrir esta y no haber tenido el correspondiente reflejo registral.

Resolución de 21-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de San Lorenzo de El Escorial, número 2.

HERENCIA: PARTICIÓN CON INCAPACES EN LA QUE CONCURRE CONFLICTO DE INTERESES.

En el supuesto de este expediente, el causante de la sucesión, ha concedido a su viuda el usufructo universal y vitalicio de los bienes de la herencia, y en el caso de que «este legado no pudiera tener eficacia, por cualquier causa», el tercio de libre disposición de la herencia sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria. Ciertamente, la viuda otorgante reconoce la necesidad de la intervención de un defensor judicial, ya que en la misma escritura expresa que «se tendrá en cuenta el legado hecho por el causante en su testamento, que, dada la incapacidad de dos de las herederas y el conflicto de intereses, este legado no podrá tener eficacia sin un defensor judicial», lo que hace que opte por adjudicarse el tercio de libre disposición además de su cuota legal usufructuaria. En definitiva, se trata de la elección que comporta la «cautela Socini» en los términos en que está configurada doctrinal y jurisprudencialmente.

Este Centro Directivo resolvió en la resolución de 5 de febrero de 2015 la cuestión en la que el cónyuge viudo optó por el usufructo de viudedad universal, con lo que la «cautela Socini» puso en juego la posibilidad de que los herederos —menores o incapaces para decidir por sí solos— debieran escoger entre que su parte de herencia estuviese gravada con el usufructo o que se concretara en el tercio de libre disposición, lo que producía una colisión de intereses entre ellos y quien les representaba, esto es, quien ejercía la patria potestad, precisamente porque tienen que tomar una decisión.

Centrados en el supuesto concreto, a diferencia de los recogidos por las resoluciones citadas —en los que no se adjudicaban bienes concretos sino las cuotas que correspondían en los mismos a cada uno de los herederos y cónyuge

viudo, en los términos de las disposiciones del testador—, esta circunstancia no ocurre en el supuesto de este expediente, en el que se realizan adjudicaciones de bienes concretos y de manera que dichas adjudicaciones no se ajustan a las disposiciones testamentarias del causante, surgiendo por ello el conflicto de intereses entre la madre y las hijas incapacitadas y por ella representadas, por lo que será necesario el nombramiento de un defensor judicial. En consecuencia, no puede más que desestimarse el recurso.

Resolución de 21-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 13.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

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., las resoluciones citadas en el apartado «Vistos»), 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. Este principio se consagra en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria. En conclusión, no es posible rectificar el Registro sin el consentimiento de todos aquellos que se verían afectados con la inscripción de la rectificación o sin demandar a aquellos judicialmente, y ello con independencia de que la práctica de la inscripción sea acertada o errónea.

Resolución de 22-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Daimiel.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

El objeto de este expediente es un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que la finca objeto de adjudicación había sido tasada a efectos de subasta en la escritura de hipoteca en la cantidad de 779.075,28 euros. Celebrada la correspondiente subasta, esta quedó desierta, solicitando el ejecutante la adjudicación de la finca (que no constituye vivienda habitual) por la cantidad que se le debía por todos los conceptos, que asciende a 90.911,57 euros, lo cual supone tan solo el 11,67% de aquel valor.

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.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 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 este 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. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Resolución de 22-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro de la Propiedad de Murcia, número 3.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EMBARGO DE BIENES DE CÓNYUGES SUJETOS A SOCIEDAD DE GANANCIALES.

Con carácter previo al análisis de estas dos cuestiones jurídicas 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.

Con carácter general el artículo 20 de la Ley Hipotecaria en su último párrafo dispone que «no podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la Ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento». Ahora bien, en el ámbito de la sociedad de gananciales hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 144 del Reglamento Hipotecario. Concretamente en su apartado 4 párrafo segundo. Tal y como ha reiterado este Centro Directivo, para que se pro-

ceda a la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre bienes inscritos a nombre del cónyuge no deudor, es preciso que sea ganancial la deuda contraída por el cónyuge deudor bajo la vigencia del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y así sea declarado en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges. Este pronunciamiento es la base para que la posibilidad prevista en el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario se refleje registralmente y, por consiguiente, requiere que este pronunciamiento sea definitivo e irrevocable y no meramente temporal o transitorio.

Respecto de la finca registral 5640, consta inscrita en cuanto a una participación del 6,67% de dicha finca a favor del demandado don A. C. M., casado en gananciales con doña M. C. H., por título de compra para su sociedad de gananciales, sin que, a diferencia de las fincas anteriormente relacionadas, haya tenido reflejo en el Registro la disolución de dicha sociedad conyugal. El citado artículo 144.4 párrafo primero del Reglamento Hipotecario, se refiere también a este supuesto señalando que, «disuelta la sociedad de gananciales, si no figura en el Registro su liquidación, el embargo será anotable si consta que la demanda se ha dirigido contra ambos cónyuges o sus herederos». Parece pues evidente, a la luz del contenido de estos preceptos, que no cabe sino confirmar el criterio sostenido por el registrador en su nota de calificación y desestimar el recurso, dado que para que resulte anotable un embargo sobre un bien inscrito con carácter ganancial, es imprescindible que la demanda se haya dirigido contra ambos esposos, o que, habiéndose demandado solo al que contrajo la deuda, se dé traslado de la demanda ejecutiva y del auto que despache ejecución al cónyuge no demandado, lo que tampoco resulta del mandamiento presentado.

Resolución de 27-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Martorell, número 1.

OBRA NUEVA: CAMBIO DE USO DE UNA EDIFICACIÓN.

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación sino que forma parte de su estructura, integrando el contorno que delimita su contenido. De ello se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. Paralelamente, el denominado aprovechamiento urbanístico, expresión económica del derecho de propiedad urbana, viene directamente determinado por parámetros de edificabilidad y tipología de uso. El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante). Verificada la inscripción en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 RD 1093/1997, cualquier modificación que de los mismos se lleve a cabo exige nuevamente la aplicación de la norma sobre inscripción en el Registro de obras nuevas (*vid.* art. 28.3 de la Ley de Suelo). Justificada la aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles, la inscripción que se practique exigirá la acreditación de los distintos requisitos a que se refiere el precepto.

Admitida la posibilidad del acceso registral del cambio de uso acreditado por la vía prevista en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, la cuestión objeto del presente recurso (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria) se limita a determinar si la documentación aportada por el recurrente al efecto es apta para practicar la inscripción del referido cambio de uso de local a vivienda. Dicha documentación está constituida por la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, con su correspondiente código seguro de verificación, de la que resulta que dicha finca está destinada a vivienda, si bien sin indicación alguna de la antigüedad de dicho uso, junto con otro documento anexo obtenido a través de la Sede Electrónica del Catastro, denominado «Antecedentes en Catastro de un inmueble. Datos físico-económicos», pero sin código alguno de verificación, del cual resulta que desde el día 2 de marzo de 1995 hasta el día 18 de octubre de 2010 el inmueble era calificado de la siguiente forma: «Clase: Urbano Uso: oficinas», mientras que a partir del día 18 de octubre de 2010 hasta el momento de la expedición de la certificación (que tuvo lugar el día 6 de noviembre de 2018), el inmueble es calificado como «Clase: Urbano Uso: Residencial».

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, aun en el caso hipotético de que esa misma objeción se hubiera expresado en la calificación, tampoco podría confirmarse.

Por lo que se refiere a los antecedentes físico-económicos asociados a un inmueble, se trata de una información provista por el Catastro, a la que pueden acceder los notarios y registradores de la propiedad, siempre que estos hayan sido autorizados como entidades registradas. Si de dichos datos resulta que la antigüedad del uso de la finca como vivienda es anterior a los seis años que exige la legislación catalana para que prescriba cualquier acción de restablecimiento de la legalidad urbanística, se cumplen íntegramente los requisitos exigidos por la normativa según la doctrina de esta Dirección General, en los términos que han quedado expuestos.

Resolución de 27-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

DONACIÓN: LAS DONACIONES *MORTIS CAUSA* NO SON INSCRIBIBLES.

Debe estimarse que el recurso no está presentado fuera de plazo, pues se interpuso el día 14 de diciembre de 2018, mediante presentación del escrito de impugnación en determinada Oficina de Correos, como resulta del sello con fecha de entrada que consta en el mismo, y destinado a este Centro Directivo. Y es que debe recordarse que, conforme al artículo 327, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria, el recurso «(...) podrá presentarse en los registros y oficinas previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», referencia que debe entenderse realizada al artículo 16.4.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según el cual «los documentos que los interesados dirijan a los órganos

de las Administraciones Públicas podrán presentarse: (...) b) En las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca (...).

Para que haya donación *mortis causa* es imprescindible, según reiterada jurisprudencia (sentencia 19 de junio y 29 de octubre de 1956, 27 de marzo de 1957, 7 de enero de 1975 y otras), que se haga la donación sin intención de perder el donante la libre disposición de la cosa o derecho que se dona. En relación con el poder de disposición este tipo de donación no produciría efectos en vida del donante, la muerte de este tendría, para tal negocio dispositivo, el valor de presupuesto de eficacia o de "*conditio iuris*" de significación igual a la que la muerte del testador tiene para el testamento. La donación *«mortis causa»* se rige por las reglas establecidas en el capítulo relativo a la sucesión testamentaria, es revocable, no transmite el dominio en vida del donante, ni restringe sus facultades dispositivas, no siendo inscribible en el Registro de la Propiedad, sino conforme a las normas de la sucesión testamentaria; por el contrario, la donación *«inter vivos»*, *«post mortem»*, es inscribible en el Registro.

Indudablemente, la reserva del usufructo a favor de los donantes con prohibición de disponer impuesta al donatario, individualmente considerada, es admisible, por lo que debe analizarse en relación con el alcance que, en el negocio jurídico formalizado, tiene la reversión «a favor de los donantes para cualquier caso y circunstancia, que no deberán justificar». Y respecto de este pacto especial, convenido «ex» artículo 641 del Código civil, el Tribunal Supremo, en sentencia de 27 de enero de 2011, ha afirmado lo siguiente: «La donación con cláusula de reversión, que contempla el artículo 641 del Código civil, es una restricción a la donación, que consiste en que producido el evento reversional se da el mecanismo recuperatorio que determina automáticamente la readquisición por parte del donante (a no ser que la reversión sea a favor de un tercero). Pero mientras no se dé dicho evento, el donatario es propietario de lo donado (...). La resolución de este Centro Directivo de 28 de julio de 1998 acotó en cierto sentido su alcance y extensión, pronunciándose contra la reversión por simple voluntad del donante.

Y es que, otorgada una donación propiamente *«inter vivos»*, el donante solo puede variar la trayectoria de la titularidad del dominio donado para que, en lugar de ir al donatario favorecido con la donación en primer lugar, vaya a otra persona distinta, pero en ningún caso para que vuelva al propio donante: «(...) fuera de los casos especialmente previstos por la Ley (cfr. arts. 644, 647 y 648 CC) y de los expresamente pactados, el donante no tiene facultades para recuperar el dominio de los bienes donados: La irrevocabilidad de la donación sigue siendo un principio general en nuestro Derecho por aplicación del artículo 1256 del Código civil.

A la vista del alcance de la reversión configurada en la escritura calificada, que viene a suponer la reserva de la facultad de revocación *«ad nutum»* por parte de donante, debe concluirse que se trata de una donación *«mortis causa»* cuando se haya pactado — o resulte así de una racional interpretación— su revocabilidad *«ad nutum»* a favor del donante y no a favor de terceros; siendo un dato que puede llevar a esta conclusión el pacto (añadido en este caso) en cuya virtud se haya prohibido al donatario disponer en vida del donante de la finca donada. En suma, existe una verdadera donación *«mortis causa»* cuando el donante siga teniéndose por propietario de lo donado *«mientras viva»*. A la vista de lo expuesto, no cabe sostener que en el caso del presente recurso se haya producido una indiscutible e incuestionable transmisión de la propiedad de lo donado. Como afirma certeramente el registrador en su calificación, esa propiedad teóricamente donada tiene un mero alcance formal y queda por com-

pleto desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes tal y como ha sido configurada y posibilitada en el título.

En suma, y para el Derecho común (pues los Derechos navarro y catalán tienen una clara especificidad sobre el particular), las donaciones «*mortis causa*» en sentido estricto (no las donaciones «*inter vivos*» con eficacia «*post mortem*») se rigen en todo por las reglas de los legados y han de otorgarse en forma testamentaria —no de donación—, siendo esencialmente revocables, que, a la vista de lo expuesto, es lo realmente plasmado en el título cuya calificación motiva este recurso, no teniendo por tanto acceso al Registro de la Propiedad.

Resolución de 27-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Nules, número 2.

HIPOTECA UNILATERAL: REQUISITOS PARA SU CANCELACIÓN.

La naturaleza jurídica de la hipoteca unilateral ha sido una cuestión ampliamente debatida por la doctrina científica, centrándose la discusión en la determinación del momento en el que nacen los efectos de la hipoteca: desde su formalización, o desde la aceptación del acreedor favorecido por la inscripción. El Tribunal Supremo tradicionalmente ha reconocido que la hipoteca unilateral se considera válidamente constituida desde antes de la aceptación. Consecuentemente, una vez inscrita la hipoteca unilateral, aunque no conste aún su aceptación, empiezan a producirse todos los efectos propios de la inscripción registral. Así, por virtualidad de los principios de legitimación y tracto sucesivo, y aunque el acreedor ostente un derecho potestativo, no será posible modificar o cancelar la hipoteca sin su oportuna intervención. A ello responde lo establecido en el 141 de la Ley Hipotecaria.

La operatividad de la cancelación de las hipotecas unilaterales no aceptadas se deduce con claridad del régimen establecido en este artículo 141, párrafo segundo, de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento. En relación con el contenido del requerimiento, es doctrina de este Centro Directivo (*vid.* las resoluciones citadas en los «Vistos») que, conforme a los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, se empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren, ya que para que empiece a correr este plazo se necesita una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó.

Ni el artículo 141 de la Ley Hipotecaria ni el 237 del Reglamento especifican la forma que ha de revestir el requerimiento intimatorio que ha de realizarse al acreedor para poder cancelar la hipoteca unilateral. Tal como han sido interpretados por la doctrina y jurisprudencia, exigen la forma notarial o judicial respecto al requerimiento de aceptación al acreedor en el caso de las hipotecas unilaterales. No obstante esta regla general, en el presente caso concurre una importante especialidad: el acreedor requerido es una administración pública, concretamente la Tesorería General de la Seguridad Social. Ha de concluirse que, cuando el acreedor en cuyo favor se haya constituido una hipoteca unilateral sea una administración pública, el requerimiento previsto en el párrafo segundo

del artículo 141 de la Ley Hipotecaria podrá realizarse mediante la presentación por parte del hipotecante de un escrito físicamente en la oficina de registro de documentos o telemáticamente en la sede electrónica correspondiente a dicha administración. Debe, no obstante, advertirse que se ha de diferenciar según el hipotecante sea una persona física o jurídica, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 39/2015. Tratándose de una persona jurídica, el apartado segundo del mencionado artículo 14 señala: «En todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: a) Las personas jurídicas».

A la vista de lo expuesto, cabe concluir: a) con carácter general, si el acreedor hipotecario en una hipoteca unilateral es una persona privada, el requerimiento a que se refiere el párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria habrá de realizarse por medio de requerimiento notarial o judicial, y b) si el acreedor fuera una Administración Pública, dicho requerimiento debió acomodarse, al artículo 38.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del mismo modo que en la actualidad se debe ajustar a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre (de modo que si el hipotecante es una persona jurídica, deberá realizarse necesariamente por medio de comunicación firmada electrónicamente y presentada en el Registro electrónico de dicha administración, y si es una persona física, podrá optar por esa forma electrónica o por la presencial).

El artículo 141 de la Ley Hipotecaria prevé imperativamente la forma en que ha de reflejarse la aceptación de la hipoteca unilateral por parte del acreedor: «la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar por nota marginal». En coherencia con esta exigencia, el párrafo segundo del mismo artículo establece como premisa inevitable para poder instar la cancelación por parte del hipotecante, que «no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado». Por tanto, si no se ha practicado la nota marginal prevista en el párrafo primero después del citado plazo de dos meses, el hipotecante podrá cancelar la hipoteca en los términos previstos en dicho párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria, con independencia de que en la realidad extrarregistral se haya producido la aceptación expresa o tácita de la hipoteca.

Resolución de 27-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Dicho precepto regula las actuaciones para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 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 colin-

dantes inmatriculadas o a que se encubran un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Aunque ha sido criterio tradicional en la legislación hipotecaria el admitir la existencia de dudas de identidad en supuestos de exceso de cabida por el motivo de existir registrada una previa rectificación descriptiva (cfr. art. 298 del Reglamento Hipotecario), tras la Ley 13/2015, de 24 de junio, tal criterio se ha recogido en el último párrafo del artículo 201 de la Ley Hipotecaria para aquellos supuestos en que no es preciso tramitar previamente un expediente de rectificación para la constatación de diferencias de cabida de la finca inscrita, supuesto distinto del que nos ocupa. Además, es consolidada la doctrina de este Centro Directivo acerca de que para denegar la inscripción de una representación gráfica se precisa tal, como se ha indicado en el fundamento anterior, que las dudas se refieran 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.

Resolución de 28-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

El objeto de este expediente es un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que la finca objeto de adjudicación había sido tasada a efectos de subasta en la escritura de hipoteca en la cantidad de 564.792,88 euros. Celebrada la correspondiente subasta, esta quedó desierta, solicitando el ejecutante la adjudicación de la finca (que no constituye vivienda habitual) por la cantidad que se le debía por todos los conceptos, que asciende a 230.715 euros, equivalente al 40,85% del citado valor de tasación.

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.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se inter-

pretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 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 este 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. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

El propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

Resolución de 28-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Dicho precepto regula las actuaciones para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro. 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 a que se encubran un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria.

Todo lo expuesto lleva a tomar en consideración las dudas del registrador, advertidas en la nota de calificación, sobre la falta de correspondencia entre la descripción de la finca en el Registro y la que resulta de la representación gráfica aportada, dada 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, por lo que el recurso debe ser desestimado.

Resolución de 29-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 26.

PRINCIPIO DE PRIORIDAD: CONFLICTO A EFECTOS DE CALIFICACIÓN CON UN DOCUMENTO PRESENTADO CON POSTERIORIDAD.

La regla general, recogida en el artículo 17 de la Ley Hipotecaria en el que se consagra el principio de prioridad, es que los documentos se despachan por riguroso orden de presentación en el Registro. Pero este principio de prioridad no es absoluto y deberá conciliarse con los demás principios que informan el Derecho Hipotecario, y en particular con el principio de legalidad recogido en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria y el principio de tracto sucesivo que establece el artículo 20 de la misma ley.

Los registradores pueden y deben tener en cuenta documentos pendientes de despacho relativos a la misma finca o que afecten a su titular, aunque hayan sido presentados con posterioridad con el fin de evitar asientos inútiles que deberían cancelarse al extender los asientos derivados de un título posterior que ordena la cancelación de los mismos, o crear situaciones artificiosas, materialmente injustas que luego deban deshacerse en los tribunales ya que como establece el artículo 33 de la Ley Hipotecaria: «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos con arreglo a las leyes».

La cuestión esencial reside, en consecuencia, en determinar adecuadamente la especie de conflicto que se produce cuando, a la hora de calificar, existe presentado un documento posterior auténtico que cuestiona la validez o eficacia del primero, como sucede en el presente recurso. El conflicto de prioridad no debe confundirse con el supuesto en que presentado un título determinado es presentado con posterioridad otro distinto del que resulta la falta de validez del primero. Aquí ya no existe conflicto entre títulos o derechos incompatibles, no estamos ante un problema de prioridad sino de validez y en consecuencia y por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, procede la exclusión del título inválido sin que pueda apelarse al principio de prioridad para evitarlo.

En el presente caso, la escritura de adición de herencia no puede inventariar un bien que la causante adjudicó en vida a otra persona en virtud de un título anterior, aunque se haya presentado después en el Registro. No se trata por tanto de alterar el orden de presentación de los títulos, sino de que el segundo presentado hace inválido el primero. Precisamente la validez de la adición de herencia que debe calificar el registrador se ve contradicha por un título de fecha anterior, que aunque presentado después, el heredero no puede ignorar, ni tampoco puede pretender una protección del Registro que en ningún caso podría adquirir, ya que ni es tercero, ni lo es a título oneroso.

Resolución de 29-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Guernica-Lumo.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: EFECTOS DE SU CADUCIDAD Y SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2017.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas

o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien a favor del adjudicatario con cancelación de cargas posteriores, 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.

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, pero no el registrador, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular, como se desprende del hecho de que en la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017 hayan sido parte los titulares de las cargas posteriores. La consecuencia práctica de la referida sentencia no puede ir más allá de obligar a los registradores a introducir una advertencia expresa en las certificaciones que expidan, en casos como el que nos ocupa, en la que se indique que la anotación quedará sin efecto a partir del día en que se produzca su caducidad, de manera que la resolución que se dicte no tendrá eficacia cancelatoria respecto de derechos inscritos con posterioridad. Es decir, que en las certificaciones que se expidan se haga constar explícitamente la consecuencia jurídica derivada de la aplicación del artículo 86 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 29-3-2019

BOE 16-4-2019

Registro de la Propiedad de Tarragona, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

Se debate en el presente expediente sobre si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y practicables las consiguientes cancelaciones ordenadas en el correspondiente mandamiento de cancelación de cargas si en el procedimiento no se ha demandado a quienes, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirieron una participación sobre la finca ejecutada e inscribieron su adquisición antes de iniciarse el procedimiento y de expedirse la preceptiva certificación de dominio y cargas.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiéndose la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. 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.

Diferente tratamiento habría de darse a un caso en el que la inscripción a favor del tercer adquirente se hubiera 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 esa hipótesis resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 689 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siendo suficiente la notificación para que pudiera intervenir en la ejecución, conforme a lo dispuesto en el artículo 662 del mismo texto legal. Pero en el presente caso, la inscripción en favor del tercer poseedor se había practicado varios años antes de que se iniciara el procedimiento de ejecución hipotecaria.

Resolución de 1-4-2019

BOE 23-4-2019

Registro de la Propiedad de Pola de Siero.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: OBRA QUE CONSTA DECLARADA EN CONSTRUCCIÓN.

Hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* por todas, la reciente resolución de 25 de abril de 2018) según la cual la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del Registrador. Como ha puesto de manifiesto esta Dirección General en diversas ocasiones, y previene el artículo 325 de la Ley Hipotecaria, conforme a nuestro vigente sistema legal, la subsanación de los defectos indicados por el Registrador en la calificación no impide a cualquiera de los legitimados, incluido el que subsanó, la interposición del recurso, ni implica desistimiento de la instancia ni decaimiento de su objeto en caso de que la subsanación haya tenido lugar tras la interposición del recurso, por lo que procede su resolución. No procede pronunciarse sobre las alegaciones que en materia fiscal se recogen en el escrito de recurso, dado que dichas cuestiones no han sido objeto de la nota de calificación impugnada.

Es cierto, tal y como se recuerda en el escrito de recurso, que este Centro Directivo ha reconocido en reiteradas ocasiones que debe partirse de que el artículo 28.4 de la Ley de Suelo ha de entenderse de aplicación a todas las edificaciones consolidadas por razón de su antigüedad y respecto de las cuales no proceda la adopción de medidas que puedan implicar su demolición, y ello tanto si la obra se construyó con licencia como si lo fue sin licencia, y tanto si la obra nunca tuvo acceso al Registro con anterioridad a su terminación, como si fue declarada en construcción en un momento anterior a la declaración de su terminación.

Son las partes otorgantes del título las que han de precisar hasta qué punto deben ser modificados los asientos registrales precedentes, sobre todo cuando, como ocurre en el caso objeto de este expediente, no cabe aplicar de forma automática el mecanismo de la cancelación de una inscripción por la inscripción de la transferencia del derecho inscrito (art. 76 de la Ley Hipotecaria). Es preciso que la titular registral de la finca especifique si lo que quiere es cancelar esa

inscripción previa y practicar «ex novo» la declaración de obra nueva, o, por el contrario, rectificar la declaración de obra inicial y hacer constar que ha sido terminada con la antigüedad que resulta de la documentación incorporada al título.

Resolución de 1-4-2019

BOE 23-4-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

REQUISITOS FISCALES: IMPUESTO SOBRE INCREMENTO DEL VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

En una interpretación ya consolidada de los artículos 254 LH y de la Ley de Haciendas Locales este Centro Directivo ha venido a afirmar (*vid.* la resolución de 27 de noviembre de 2017 a modo de ejemplo) que para poder practicar en el Registro de la Propiedad la inscripción correspondiente de cualquier documento que contenga acto o contrato determinante de las obligaciones tributarias por el impuesto sobre el incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana deberá acreditarse previamente haber presentado la autoliquidación o, en su caso, la declaración del impuesto, o la comunicación a que se refiere la letra b) del apartado 6 del artículo 110 del texto refundido de la Ley de Haciendas Locales.

El Ayuntamiento de Madrid ha aprobado la correspondiente Ordenanza Fiscal estableciendo como obligatorio el sistema de autoliquidación por el sujeto pasivo (*vid.* art. 24.1 de la Ordenanza). No obstante, este carácter obligatorio, la misma Ordenanza permite presentar declaración ante la Administración Tributaria municipal cuando el sujeto pasivo considere que la transmisión deba declararse exenta, prescrita o no sujeta (art. 26 de la Ordenanza). También se preocupa la Ordenanza de detallar cómo debe entenderse acreditado el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de este impuesto para evitar el cierre del Registro.

El supuesto planteado consiste en una instancia de aceptación y adjudicación por la heredera única en el que consta sello de la oficina liquidadora del Impuesto sobre Sucesiones, junto con la documentación complementaria, y escrito con sello de presentación en el Ayuntamiento de Madrid, por lo que el presentante manifestando y alegando los hechos referentes al hecho imponible solicita la exención. De acuerdo con lo expuesto en los anteriores fundamentos de Derecho el recurso debe ser estimado.

Resolución de 3-4-2019

BOE 23-4-2019

Registro de la Propiedad de Granollers, número 3.

DONACIÓN MODAL: NATURALEZA. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

En la donación con carga o modo, junto al ánimo de liberalidad que califica toda donación, existe una determinación accesorio de la voluntad del donante que pretende limitar la disposición que se realiza en favor del donatario con el propósito de obtener una determinada finalidad. Pero esa carga la impone el disponente o donante y de ella es lógica consecuencia la facultad revocatoria

que la ley reconoce a aquel. Frente a la condición en sentido estricto o propio, como determinación accesoria de la voluntad de la que se hace depender la consumación o resolución de los efectos de un acto o negocio jurídico, en las donaciones son frecuentes los llamados modos impuestos por el donante, sean cargas, gravámenes, obligaciones o servicios futuros a cargo del donatario, y a los que el artículo 647 del Código civil se refiere con el término «condiciones» al regular la facultad de revocación por el donante en caso de incumplimiento. En la mayoría de los casos no es fácil establecer una clara línea diferenciadora entre el modo y la condición resolutoria en la donación.

En la escritura de donación a la que se refiere el presente recurso existe una inequívoca declaración de voluntad por parte del disponente (que es quien ha de imponer, por la propia esencia de la figura, el modo o carga), al expresar que «hace a la Comunidad del (...), donación pura y simple *inter vivos*, del pleno dominio de la finca descrita (...)». Y si hay algo contrapuesto en el mundo jurídico a una donación modal o con carga es una donación pura y simple. Cuando el donante dona con una carga o modo «se dona para...», mientras que en el presente caso se donó pura y simplemente. Al tratarse de una donación pura y simple, por no haber impuesto el donante (único que puede hacerlo) carga alguna, el asiento transcrito no es lo técnicamente preciso que procedía a la vista del contenido de la donación otorgada. o puede ignorarse que, como alegan los recurrentes, la finalidad o destinación de culto o religiosa no la impone el donante como carga o modo sino que es objeto de mera referencia en la solicitud por el donatario de la aplicación de beneficios fiscales conforme a la legislación tributaria del Estado en relación con el Concordato con la Santa Sede de 1953.

Ciertamente, el asiento no fue correctamente extendido; y debe recordarse que la legislación hipotecaria (cfr. art. 40 de Ley Hipotecaria) diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial; y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer. También se ha admitido por este Centro Directivo la posibilidad de rectificar el contenido del Registro sin necesidad de acudir al procedimiento general de rectificación antes apuntado, siempre que el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo sea probado de un modo absoluto con documento fehaciente. En el caso al que se refiere este recurso no se trata de un verdadero error de concepto que, por lo demás, sería factible y obligado rectificarlo según lo antes expuesto; sino que se trata más bien de un supuesto de mera aclaración o extensión correcta de un asiento, ya practicado, mediante el simple cotejo con el documento que le sirvió de base.

Por lo ya expuesto, y a la vista tanto de la escritura de donación como del asiento practicado en su día (que puede y debe ser aclarado en aras de la necesaria precisión de los asientos registrales), es también absolutamente procedente la segunda petición que se contiene en el título cuya calificación es objeto de este recurso, esto es «que emita certificación por la que se reconozca la unilateral manifestación fiscal de la parte donataria no es carga, gravamen o limitación». Y es que, aun imprecisamente, el Registro no publica en modo alguno tal gravamen o limitación del dominio, dado que se está, por las razones apuntadas, ante una donación pura y simple, y es lo que debe ser reflejado en la certificación omitiendo toda alusión que pueda inducir a apreciar una donación modal que no existe.

Resolución de 3-4-2019

BOE 23-4-2019

Registro de la Propiedad de Torrelavega, número 2.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO FRENTE A QUIEN NO ES EL TITULAR REGISTRAL. SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN. ESTADO CIVIL: HA DE CONSTAR EN EL TÍTULO INSCRIBIBLE.

Son numerosas las resoluciones de este Centro Directivo las que afirman que el principio de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. Así, se explica que, aunque no sea incumbencia del registrador calificar la personalidad de la parte actora, ni la legitimación pasiva desde el punto de vista procesal apreciada por el juzgador, ni tampoco la cumplimentación de los tramites seguidos en el procedimiento judicial, su calificación de actuaciones judiciales sí debe alcanzar, en todo caso, al hecho de que quien aparece protegido por el Registro haya sido emplazado de forma legal en el procedimiento.

En los casos de sentencias dictadas en rebeldía, como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), solo el Juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria.

Finalmente, la necesidad de que el estado civil, como elemento que contribuye a la correcta identificación de las personas físicas a cuyo nombre ha de practicarse la inscripción, conste adecuadamente en el título presentado o en otro que lo complementa es indiscutible a la luz del contenido de la letra a) de la regla novena del artículo 51 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 4-4-2019

BOE 24-4-2019

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. OBRA NUEVA: CERTIFICADO DEL TÉCNICO.

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. No basta con la mera cita rutinaria de un precepto legal (o de resoluciones de este Centro Directivo), sino que es preciso justificar la razón por la que el precepto de que se trate es de aplicación y la interpretación que del mismo ha de efectuarse. 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. No puede confirmarse la calificación, pues, dada la insuficiencia de su motivación, se produciría indefensión en la recurrente.

Aun así, la afirmación de la registradora según la cual en la certificación expedida por el técnico no consta que la obra cuya terminación se declara haya sido finalizada conforme al proyecto para el que se concedió la licencia, resulta paladinamente contradicha por el texto tanto del acta notarial calificada. A mayor abundamiento, se testimonia en la misma acta la licencia de primera ocupación. Debe concluirse que esta licencia acredita que la edificación se ajusta al proyecto que haya sido objeto del referido acto administrativo de aprobación.

Resolución de 4-4-2019

BOE 24-4-2019

Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

La cuestión planteada se refiere a la negativa de la registradora a cancelar las cargas posteriores a la anotación preventiva de embargo letra C (practicada el 4 de junio de 2014) como consecuencia de la presentación de certificado del acta de adjudicación de bienes mediante adjudicación directa y de mandamiento de cancelación de cargas posteriores, expedidos por la Agencia Estatal de Administración Tributaria, Dependencia Regional de Recaudación de Toledo, dado que dicha anotación preventiva había caducado, antes de que la documentación calificada fuese presentada en el Registro de la Propiedad (3 de octubre de 2018).

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.^o) 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).

El estricto ámbito de la calificación no permite entrar en valoraciones sobre preferencia civil de embargos, que quedan reservadas a los procedimientos judiciales contenciosos, y fuera del ámbito de la seguridad jurídica preventiva, en la que la caducidad opera de manera automática. 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.

En cuanto a la alegación del recurrente de que a la fecha de dictarse el decreto de adjudicación, se encontraba aún vigente la anotación preventiva de embargo,

en la que se funda el procedimiento, está claro que la resolución judicial no implica prórroga del plazo de vigencia de la anotación y debe estarse a la fecha de presentación de dicha resolución en el Registro de la Propiedad.

Resolución de 5-4-2019

BOE 24-4-2019

Registro de la Propiedad de Valencia de Alcántara-Alcántara.

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DEL LEGITIMARIO EN LA PARTICIÓN. HERENCIA: TESTAMENTO PARTICIONAL-NORMAS PARTICIONALES.

No cabe dejar al legitimario la defensa de su derecho a expensas de unas «acciones de rescisión o resarcimiento» o la vía declarativa para reclamar derechos hereditarios y el complemento de la legítima, ejercitables tras la partición hecha y consumada, lo que puede convertir la naturaleza de la legítima de Derecho común, que por reiteradísima doctrina y jurisprudencia es «*pars bonorum*», en otra muy distinta («*pars valoris*»), lo que haría que el legitimario perdiese la posibilidad de exigir que sus derechos, aun cuando sean reducidos a la legítima estricta y corta, le fueran entregados con bienes de la herencia y no otros. Y esta doctrina se aplicará aun cuando se haya citado a los legitimarios fehacientemente y no hayan comparecido, ya que conforme reiterada doctrina de este Centro Directivo, la circunstancia de citación a los legitimarios para formación del inventario, no altera la necesidad de su consentimiento.

Como afirmó en su resolución de 1 de marzo de 2006, la especial cualidad del legitimario en nuestro Derecho común, caso de que exista en una sucesión, hace imprescindible su concurrencia para la adjudicación y partición de la herencia, a falta de persona designada por el testador para efectuar la liquidación y partición de la misma (art. 1057, párrafo primero CC), de las que resulte que no perjudica la legítima de los herederos forzosos.

La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998, ha establecido como principio general pero no exento de matizaciones, que para la distinción entre partición y operaciones particionales —normas para la partición— «existe una regla de oro consistente en que si el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones (inventario, avalúo...) hay una verdadera partición hecha por el testador, pero cuando no ocurre así, surge la figura de las «normas particionales», a través de las cuales el testador se limita a manifestar su voluntad para que en el momento de la partición se adjudiquen los bienes en pago de su haber a los herederos que mencione».

Centrados en el supuesto de este expediente, se menciona literalmente en el testamento que «lega a su hija Doña E., lo que por legítima estricta le corresponda, la cual se le habrá de satisfacer con los derechos que le correspondan sobre cuarenta y cinco hectáreas de su propiedad en la Finca "(...)". Con este legado se entenderán pagados sus derechos legitimarios». Ciertamente no hay avalúo de los mismos ni se hace la adjudicación definitiva, sino que se marcan unas pautas para adjudicar en pago de la legítima estricta. En consecuencia, se ordena un legado de cuota legitimaria asignándose una cosa para el pago de la misma. La determinación del alcance de esta cuota, exige un avalúo de todo el caudal hereditario. Por tanto, no nos encontramos ante una auténtica partición del testador, por lo que debemos concluir en que las menciones que se hacen en el testamento son unas normas de partición.

Resolución de 5-4-2019

BOE 24-4-2019

Registro de la Propiedad de Alicante, número 8.

DERECHO DE TRANSMISIÓN: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE, AUNQUE NO SEAN HEREDEROS. USUFRUCTO VIDUAL: USUFRUCTO EXPECTANTE.

Esta Dirección General ha tenido que abordar en numerosas ocasiones, (cfr., entre las más recientes, las resoluciones de 26 de julio de 2017 y 22 de enero, 12 de marzo, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018) las cuestiones planteadas por el denominado derecho de transmisión que, en nuestro sistema sucesorio, está recogido en el artículo 1006 del Código civil. El mismo señala que «por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

Recientemente en las de 26 de julio de 2017 y 22 de enero, 12 de marzo, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018. En estas seis últimas se expresa que «los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante». Resulta imprescindible combinar los efectos del derecho de transmisión con la coexistencia de legitimarios no herederos como interesados en la herencia del denominado transmitente, a los efectos de exigir —o no hacerlo— su intervención en las operaciones de aceptación y partición de herencia, en los términos y condiciones aplicables al caso planteado.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en las citadas resoluciones de 22 de enero, 25 de abril, 5 de julio y 28 de septiembre de 2018, sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «*ius delationis*» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dichas resoluciones, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación.

Alega el recurrente que el usufructo de la viuda del transmitente es un derecho de valor «cero» o en definitiva vacío de contenido. Pues bien, la viuda del primer causante ostenta su legado de usufructo universal en toda su extensión, y con todas las facultades que al usufructuario le atribuye el Código civil; la viuda del segundo causante recibe un derecho de usufructo en el que el disfrute de sus facultades está pendiente mientras viva la viuda del primero. Se trata de un usufructo sucesivo, para cuando se extinga el actual. El usufructo sucesivo está plenamente admitido en el artículo 469 del Código civil, que dispone «podrá

constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, y en todo caso desde o hasta cierto día (...). No admitir esta forma de constitución del usufructo perjudicaría claramente los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Por último, en cuanto al contenido de este usufructo expectante, como ha afirmado esta Dirección General —resolución de 21 de diciembre de 2011—, al cónyuge sobreviviente también se le puede adjudicar en pago de su legítima viudal el usufructo de la nuda propiedad de ciertos bienes o de unas cuotas indivisas de los mismos. En consecuencia, no cabe más que admitir la validez y contenido económico del derecho expectante.

Resolución de 5-4-2019

BOE 24-4-2019

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 3.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

El objeto de este expediente es un decreto de adjudicación dictado en un procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados en el que las fincas objeto de adjudicación habían sido tasadas a efectos de subasta en la escritura de hipoteca en las cantidades de 1.039.394 y 160.030 euros. Celebrada la correspondiente subasta, esta quedó desierta, solicitando el ejecutante la adjudicación de las fincas (que no constituyen vivienda habitual) por la cantidad que se le debía por todos los conceptos, que asciende a 194.514,60 euros.

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.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 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 este 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. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Resolución de 10-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. TUTELA: ACREDITACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL EN LOS CASOS DEL 271 DEL CÓDIGO CIVIL.

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, aunque en la nota impugnada, excesivamente escueta, no se expresa por el registrador las razones que le llevan a estimar necesario acompañar «para su calificación testimonio de los autos de aprobación judicial de la venta relacionados en el título» (sin que, como ha quedado expuesto, puedan tenerse en cuenta las razones que aduce —intempestivamente— en su informe), no puede estimarse producida la indefensión del recurrente, pues ha podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo demuestra el contenido del escrito de interposición del recurso.

Con la actual concepción de la tutela, la intervención judicial se produce únicamente en calidad de órgano de control y se materializa a través de diversos instrumentos en el Código civil, como la obligación de información y rendición de cuentas anual contenida en el artículo 269.4 del mismo, la rendición de cuenta general ante el juez al cesar el tutor en sus funciones (art. 279), las medidas de vigilancia, control e información que puede adoptar el juez conforme al artículo 233, y el establecimiento de la responsabilidad en exclusiva por sus actos por aplicación conjunta de los artículos 270 y 285 del Código civil. Pero, por otro lado, para determinados actos y contratos el Código civil contempla un elenco de excepciones al modelo general de actuación del tutor. Son los supuestos del artículo 271, en los cuales la intervención del juez se materializa mediante la autorización del acto; y los casos a los que hace referencia el artículo 272, para los que el legislador opta por aplazar el control y requiere la aprobación judicial. El fundamento de la necesidad de autorización judicial por parte del tutor para la realización de determinados actos o negocios jurídicos reside en el principio de salvaguarda judicial del artículo 216, que se traduce en un control ordinario y casi continuo de la actuación del tutor, y en beneficio del tutelado, pues presupone un juicio de valor sobre la conveniencia o beneficio o, al menos, sobre la falta de perjuicio que la realización del acto pudiera reportar al tutelado, dada la especial gravedad o riesgo que, por su propia naturaleza, aquel puede implicar en el patrimonio o en la persona del tutelado.

Sentada la necesidad de previa autorización (que no ulterior aprobación) judicial del acto dispositivo, y dado que la misma se ha producido y ha sido reseñada en la forma expuesta por parte del notario en el título calificado, quien ha transcrito la parte dispositiva del auto que concede la autorización a la tutora, procede analizar si tiene algún fundamento la exigencia (que se contiene en la calificación recurrida) de aportación de las dos resoluciones judiciales.

Aún no referida la problemática que subyace en el presente recurso a una cuestión estricta de representación y juicio de las facultades representativas, no es menos cierto que es perfectamente trasladable al caso la doctrina que se contiene en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2018, citada por el recurrente, y 22 de noviembre de 2018, ambas reseñadas en los «Vistos»; de modo que la calificación registral, en un caso como este, se limitaría a revisar que el título autorizado contenga los elementos que permitan corroborar que el notario ha ejercido el control que la ley le encomienda respecto a la validez y vigencia de las facultades representativas y del complemento de las mismas de requerirse alguna autorización o habilitación adicional (la cual habrá de reseñarse de forma suficiente y rigurosa); y que su juicio de suficiencia sea congruente con el negocio y así se exprese en el título presentado, a efectos de que eso, y solo eso, pueda ser objeto de calificación.

Resolución de 10-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Villagarcía.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: REQUISITOS PARA PRACTICARLO.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento.

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.

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».

Ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las resoluciones en «Vistos»), que 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.

Por ello, la negativa de la registradora de la propiedad a practicar el asiento de presentación del documento presentado está plenamente justificada ya que ninguna disposición legal atribuye eficacia registral al documento privado que pretende dejar sin efecto un asiento que se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales (cfr. art. 420.1 Reglamento Hipotecario).

Resolución de 10-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Concentaina.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCE-SIVO: REQUISITOS.

Con carácter previo, es necesario reiterar que como señala 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. Por lo tanto, para la resolución de este recurso no es posible tomar en consideración las dos diligencias del acta presentada de fechas 4 y 9 de enero de 2019, pues las mismas no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de la calificación, que fue anterior a esas fechas.

Las solicitudes de expedición de publicidad formal también son objeto de previa calificación por el registrador. En el caso concreto de la expedición de certificación como trámite del artículo 203 de la Ley Hipotecaria (al que remite el artículo 208 al regular el expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido), en los casos en los que el registrador aprecie defectos que sean obstáculo para la tramitación del expediente, lo procedente es denegar su expedición emitiendo la preceptiva calificación negativa.

El artículo 208 LH en su apartado primero establece que «no se entenderá producida la interrupción del tracto sucesivo cuando la persona a cuyo favor hubiera de practicarse la inscripción haya adquirido su derecho directamente del titular registral o sus herederos. En tal caso, la inscripción únicamente podrá practicarse mediante la presentación del documento en que se hubiera formalizado la adquisición, declaración o constitución del derecho, objeto de la inscripción solicitada». Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto, de modo que solo cuando efectivamente concurra esta hipótesis y así resulte del auto calificado, puede accederse a la inscripción.

En el presente caso el promotor del expediente ha adquirido una sexta parte indivisa de la finca —según manifiesta, pues no aporta ningún documento que acredite su adquisición, como prevé la regla primera del artículo 208 de la Ley

Hipotecaria, ni siquiera el título sucesorio apto para la inscripción que establece el artículo 14 de la Ley Hipotecaria— por herencia de sus padres, que son los actuales titulares registrales de dicha sexta parte indivisa de la finca. En este caso no existe una verdadera interrupción del tracto, ya que bastaría aportar los títulos sucesorios de los causantes, junto con sus respectivos certificados de defunción y actos de última voluntad, y la correspondiente escritura de partición de la herencia. La resolución de 24 de marzo de 2015 se refiere precisamente a uno de los supuestos admitidos como excepción al tenor literal de la regla primera del artículo 208 de la Ley Hipotecaria, esto es, cuando el promotor ha adquirido solo de alguno o algunos de los herederos del titular registral, pero no de este o de todos sus herederos.

Resolución de 10-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la reciente resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

En 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.

Tal y como se afirmó en la meritada resolución de 18 de octubre de 2018, efectivamente, de la superposición de la representación gráfica catastral con la ortofotografía del PNOA se aprecia la existencia de un camino dentro del perímetro de la parcela catastral por el lindero sur. Sin embargo, el mero indicio o sospecha del registrador acerca de la titularidad pública del camino no puede ser determinante para mantener la calificación sin que en este caso la Administración y los titulares hayan formulado oposición alguna en la tramitación del procedimiento.

Este Centro Directivo ha señalado en la resolución de 5 de julio de 2018, invocada por la recurrente, que, en caso de dudas de invasión del dominio público, resulta esencial la comunicación a la Administración titular del dominio público afectado a efectos de valorar si efectivamente se produce dicha invasión. Esta ausencia de oposición por parte del Ayuntamiento a la inscripción de la representación gráfica solicitada, unida la circunstancia de no figurar un camino público ni en el Registro ni en la cartografía catastral, excluye cualquier duda acerca de una posible invasión del dominio público.

Resolución de 11-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Valencia, número 11.

DERECHO DE TRANSMISIÓN: POSICIÓN DE LOS LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.

El denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el *ius delationis*, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios.

La legítima, tal y como se ha configurado en el Código civil (art. 806: «La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos») se identifica como una auténtica «*pars bonorum*» que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada.

Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «*ius delationis*» también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1.000-1.º CC). Desde que el transmitente muere —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada—, se defiere la legítima, por lo que no puede quedar menoscabada. Así se asegura la mejor protección de las legítimas, sin que haya necesidad de contradecir el indudable carácter personalísimo de la opción que implica el «*ius delationis*». Aunque el trasmisario que ejercita positivamente el «*ius delationis*» adquiere la condición de heredero directamente del primer causante, su contenido viene delimitado por la vocación al transmitente; al formar tal derecho parte de la herencia del transmitente, con ese derecho —y, por ende, con la herencia del primer causante— debe satisfacerse a los legitimarios del transmitente.

Resolución de 11-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de San Cugat del Vallés, número 1

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: REQUISITOS PARA PRACTICARLO.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento.

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 do-

cumentos 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.

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».

Ha reiterado este Centro Directivo (cfr., las resoluciones en «Vistos»), 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 11-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA REPRESENTACIÓN GRÁFICA GEORREFERENCIADA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo en los casos de modificación de entidades hipotecarias. En cuanto al procedimiento y conjunto de actuaciones través de los cuales haya de producirse la calificación registral y en su caso la eventual inscripción de la preceptiva representación georreferenciada, el artículo 9 de la Ley Hipotecaria se remite al artículo 199 en los supuestos en los que la aportación para inscripción de la representación gráfica sea meramente potestativa.

En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b), primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la realización previa de las actuaciones previstas en este precepto, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b), párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente. Se exceptúan aquellos supuestos en los que, por incluirse además alguna rectificación superficial de las fincas superior al 10% o alguna alteración cartográfica que no respete la delimitación del perímetro de la finca matriz que resulte de la cartografía catastral [cfr. art. 9, letra b), párrafo cuarto], fueran necesarias las citadas actuaciones para preservar eventuales derechos de colindantes que pudieran resultar afectados.

En el presente caso es indubitado que no se respeta el perímetro de la finca matriz que resulta de la cartografía catastral, resultando fundamental la intervención de los posibles colindantes afectados por la representación gráfica alternativa que pretende inscribirse en orden a hacer efectivos los derechos que pudieran corresponderles y evitarles una posible indefensión. Solo en casos excepcionales será posible la inscripción del resto de finca sin simultánea inscripción de su representación gráfica georreferenciada, como ocurre en los casos previstos en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación.

Finalmente, tampoco pueden admitirse las alegaciones del notario autorizante en las que considera diferente el régimen de la segregación respecto de la división de fincas. Aun cuando es cierto que desde el punto de vista de la mecánica registral en el primer caso solo nace una nueva finca registral y en el segundo caso surgen dos fincas registrales nuevas, ello lo es solamente desde la perspectiva de la creación del folio real, pero es obvio que tanto en uno como en otro caso, con independencia de la técnica escogida, se produce un acto de reordenación de terrenos en el que existen dos (o más) porciones de territorio donde antes solo había una, sujetas a idénticos requisitos legales (especialmente desde el punto de vista de la legislación agraria y urbanística).

Resolución de 11-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares.

EXPROPIACIÓN FORZOSA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Con carácter previo al análisis de las cuestiones jurídicas de fondo planteadas 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. Esta doctrina se ha visto recogida en la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal. A esta protección del titular registral responde el principio básico de nuestro sistema registral, derivado del constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal (cfr. art. 24 de la Constitución Española), de la exigencia del consentimiento auténtico del titular

registral, por sí o por sus legítimos representantes, para la inscripción de cualquier acto que le afecte, o en su defecto que haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervenir en el procedimiento.

En concordancia precisa con los citados preceptos de nuestra legislación hipotecaria, el artículo 3 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa, tras señalar que «las actuaciones del expediente expropiatorio se entenderán, en primer lugar, con el propietario de la cosa o titular del derecho objeto de la expropiación», obliga a la Administración expropiante a tener por dueño a quien figure como tal en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que solo puede ser destruida judicialmente. Y el artículo 32.2.^a del Reglamento Hipotecario exige, tratándose de finca inscrita, que la expropiación se haya entendido con el titular registral o «quien justifique ser su causahabiente, por sí o debidamente representado, en la forma prevenida por la legislación especial».

En el caso del presente recurso no se trata ya de que con posterioridad a la iniciación del expediente expropiatorio se haya producido alguna alteración en la titularidad registral de las fincas sin que de la tramitación de aquel hubiera constancia alguna en el Registro (lo que impediría la aplicación de la previsión cancelatoria de dichas titularidades sobrevenidas *ex* artículo 35, norma quinta, del Reglamento Hipotecario, como sucedía en el caso de la resolución de este Centro Directivo de 8 de octubre de 2012), sino que el procedimiento de expropiación se ha seguido exclusivamente con uno de los comuneros de la finca expropiada.

En la calificación impugnada añadía el registrador que, no constando la intervención en el expediente de los titulares registrales, ni de sus causahabientes ni de persona alguna que los represente, tampoco pueden entenderse suplidas dichas ausencias por la presencia en el expediente del Ministerio Fiscal, pues tampoco este ha comparecido. La mera convocatoria del Ministerio Fiscal a la formalización del acta de ocupación y pago no satisface la exigencia legal establecida en el artículo 5 de la Ley de Expropiación Forzosa, que, por lo dicho, presupone su convocatoria desde que se dicta el acuerdo de necesidad de ocupación y en tiempo oportuno para posibilitar su impugnación.

Este Centro Directivo en cuanto a la parte relevante para este expediente, las tesis expuestas recientemente por la Fiscalía General del Estado en su extensa Circular número 6/2019, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de expropiación forzosa, de 18 de marzo de 2019, en cuya conclusión 11.^a afirma, contrariamente a lo mantenido por el recurrente, que «los criterios expuestos en esta Circular son aplicables, *mutatis mutandis*, a los distintos procedimientos especiales —o especialidades procedimentales— que se regulan tanto en el Título III de la LEF como en las diversas normas sectoriales, en particular en materia urbanística», conclusión cuya fundamentación se desarrolla al exponer en el apartado 6 de la Circular su ámbito de aplicación. Pues bien, la citada Circular afirma en relación con la intervención del Ministerio Fiscal en estas últimas lo siguiente: «Las especialidades derivadas de esas normas no inciden de manera sustancial en las consideraciones de la presente Circular. Como puede deducirse de lo expuesto al tratar de las modalidades ordinaria y urgente del procedimiento general de expropiación regulado por la LEF, lo relevante desde la perspectiva del Fiscal es que las actuaciones que requieren la intervención, participación o conocimiento de los sujetos mencionados en el artículo 5 de dicha Ley se lleven a cabo con todas las garantías necesarias para asegurar la efectividad de sus derechos.»

En cuanto al supuesto singular de que el titular o titulares hubieren sido identificados pero alguno/s de ellos hubiere fallecido (supuesto de hecho del presente expediente), insta la reiterada Circular a los fiscales llamados a intervenir en el expediente a comprobar «si la Administración ha llevado a cabo alguna actuación para localizar a los posibles herederos. Conviene recordar al respecto que en el Ministerio de Justicia se lleva no solo un registro de actos de última voluntad sino también otro de actas de notoriedad de declaración de herederos abintestato, que pueden aportar información valiosa». Nada dice el acta de ocupación calificada sobre la indagación realizada para la averiguación de los herederos de los titulares registrales, sus identidades, sus títulos sucesorios, y sus respectivos domicilios, limitándose a afirmar su incomparecencia ante una citación, en algunos casos individualizada y en otros meramente genérica o innominada, de la que no consta forma ni dato alguno relevante en dicha acta.

Igual suerte desestimatoria ha de correr el recurso en cuanto a los otros dos defectos impugnados. Si bien es cierto que el artículo 87 de la Ley 2/2001, de 25 de junio, de Cantabria, dispone que la aprobación de los planes urbanísticos implicará la declaración de necesidad de ocupación de los terrenos a los efectos de su expropiación, sin embargo no lo es menos que el artículo 24 apartado 1 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística, establece: «Cuando la administración optare por la inscripción individualizada de las fincas registrales o de alguna de las incluidas en la unidad expropiada, el título inscribible estará constituido por el acta de ocupación y pago, conforme a lo dispuesto por la legislación general de expropiación forzosa», remisión a «lo dispuesto por la legislación general de expropiación forzosa» que incluye en su ámbito las publicaciones previstas en el artículo 18 de la Ley sobre expropiación forzosa, que no pueden verse desplazadas o suplidas por la publicidad del proyecto del plan.

Para todo supuesto, no solo inmatriculador, de inscripción de adquisición de bienes inmuebles a favor de las Administraciones Públicas, el artículo 27.5 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, dispuso que «en los títulos por los que se transmitan terrenos a la Administración deberá especificarse, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, el carácter demanial o patrimonial de los bienes y, en su caso, su incorporación al patrimonio público de suelo». Normas a cuyo recto cumplimiento propende la calificación impugnada que, por ser conforme a Derecho, ha de ser confirmada.

Resolución de 11-4-2019

BOE 30-4-2019

Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

OBRA NUEVA: LICENCIA. OBRA NUEVA: EDIFICIO SOBRE DOS FINCAS REGISTRADAS

La regulación vigente al respecto viene contenida en 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. Esta regulación, pretende controlar que la descripción del título inscribible sea acorde con el proyecto para el que se obtuvo la autorización administrativa, conectando así título, proyecto y

acto de aprobación. La licencia autoriza a llevar a cabo una única edificación que ocupe la totalidad de la manzana, la cual identifica por medio de dos parcelas; por lo que no se ajusta a ella la escritura ahora calificada, en tanto que describe dos edificaciones sobre dos fincas registrales independientes; siendo esta divergencia de tal relevancia en el tráfico jurídico, que queda justificada la aplicación de la doctrina de este Centro Directivo de negar la inscripción en tanto que no haya un acto administrativo expreso que autorice esta configuración.

Resuelto que la licencia concedida autoriza la construcción de un único edificio destinado a centro comercial, se plantea la cuestión de si cabría su inscripción sobre dos fincas registrales sin necesidad de agrupar las mismas, describiendo cada una de ellas una parte de la edificación, y regulando para el caso de que se separara la titularidad de los predios una serie de servidumbres. La necesidad de agrupar no resulta de modo expreso de la licencia urbanística, pero sí del artículo 8 de la Ley sobre propiedad horizontal. La inscripción de un edificio sobre dos fincas registrales regulando servidumbres recíprocas para el caso de separación de su titularidad, cualquiera que sea el número que se constituyan, es del todo punto insuficiente para prever las múltiples vicisitudes que puedan originarse y es incompatible con la unidad del edificio en su conjunto. Cuestión distinta sería que, siendo la edificación única, y por tanto en principio comunes a las dos partes del mismo ciertos elementos estructurales, como la cimentación o la cubierta, fuera sin embargo técnicamente posible la independización de dichas dos partes de la estructura del edificio, y hubiera quedado debidamente salvaguardado en la constitución de la servidumbre recíproca la posibilidad de dar un destino diverso a cada una de las dos partes de la edificación.

Resolución de 22-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 27.

ANOTACIÓN DE EMBARGO PREVENTIVO POR DÉBITOS FISCALES: DURACIÓN DEL EMBARGO Y CADUCIDAD DE LA ANOTACIÓN.

Para la resolución de dicha cuestión hay que tener en cuenta que este Centro Directivo ha insistido en numerosas ocasiones en la esencial diferencia existente entre la duración de los derechos o gravámenes que acceden al Registro y la caducidad de los asientos que los recogen sin que puedan confundirse unos y otros.

En efecto, el artículo 81 de la Ley General Tributaria establece, respecto de la duración de las medidas cautelares —entre ellas, el embargo preventivo—, un plazo de seis meses desde su adopción, pudiendo prorrogarse por otros seis meses más. Ahora bien, estos plazos se refieren al embargo preventivo mismo, que es la medida cautelar, pero no a la anotación preventiva de dicho embargo cautelar, cuya eficacia es tan solo la de hacer efectiva «*erga omnes*» la referida medida (*vid.* resolución de este Centro Directivo de 21 de febrero de 2014). Consecuentemente, la cancelación de la anotación preventiva de embargo cautelar, en tanto no hayan transcurrido los cuatro años de vigencia de la misma que prevé el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, solo podrá producirse en virtud de mandamiento expedido por la Agencia Tributaria ordenando dicha cancelación.

Resolución de 22-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 2.

SERVIDUMBRES: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN. MENCIONES: CANCELACIÓN.

Uno de los modos de constitución de las servidumbres es en virtud de título (arts. 537 y 539 CC). Ciertamente con la palabra título se hace referencia en el Código civil al acto jurídico que da nacimiento a la servidumbre. Esto supone que, a efectos de adquisición de servidumbre por virtud de título, ha de entenderse por este todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, «*inter vivos*» o de última voluntad.

No entra por tanto este Centro Directivo en dirimir si en el caso planteado en este expediente existe o no servidumbre en el plano civil sustantivo. Pero lo cierto es que para su acceso al Registro de la Propiedad el título constitutivo de aquella debe adecuarse —entre otros— a los principios de titulación auténtica (art. 3 de la Ley Hipotecaria), tracto sucesivo (art. 12 de la Ley Hipotecaria) y especialidad, principio general del Derecho registral manifestado en numerosos preceptos de la Ley Hipotecaria (arts. 9 y 12, entre otros, de la Ley Hipotecaria) que exige la exacta determinación del contenido del derecho inscrito. Como ha expresado el Tribunal Supremo en su sentencia de 27 de mayo de 2009, la eficacia del principio de especialidad resulta determinante en todo el ámbito de los derechos reales para el conocimiento de los terceros.

Si no queda claramente constituido el derecho real de manera efectiva —sin perjuicio de que pueda someterse a condición o término—, con determinación de su contenido y extensión, estaremos ante una mera mención de un derecho que será susceptible de inscripción separada y especial en el Registro de la Propiedad cuando aquel se termine de configurar, procediendo entretanto su cancelación de oficio por el Registrador si indebidamente hubiera accedido al Registro (arts. 9 y 98 de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario). Finalmente tampoco se puede tachar de mero error material, no solo porque no se haya cometido error alguno, sino porque de haberse producido se trataría de un error de concepto que exigiría el consentimiento de todos los interesados o resolución judicial en procedimiento dirigido contra todos los titulares registrales afectados (arts. 12, 40 y 217 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 22-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

CALIFICACIÓN SUSTITUTORIA: NATURALEZA. DOCUMENTOS JUDICIALES: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

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.

En virtud del recurso de reposición interpuesto el título de adjudicación queda definitivamente formalizado con atribución de un derecho de usufructo. En la nota de calificación no se expresa otra causa de denegación que la de no resultar mandamiento de adición relacionado —título previo— resolución relativa a la modificación que, en su caso, proceda del decreto de adjudicación, sin sustentar la pretendida falta de amparo de la inscripción del usufructo. Por el contrario, a juicio de este Centro Directivo sí queda suficientemente plasmado el título presentado, una vez rectificado por mandamiento de adición expedido como consecuencia de un recurso de reposición, la atribución del usufructo en favor de doña I. y doña N. T. A. A.

Resolución de 22-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Medio Cudeyo-Solares.

CONCENTRACIÓN PARCELARIA: RESOLUCIÓN DE LOS CASOS DE DOBLE INMATRICULACIÓN.

Como señaló el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de septiembre de 1986, la naturaleza jurídica de la concentración parcelaria «es la de una subrogación real o conversión legal caracterizada por la inmutabilidad del elemento subjetivo. En consecuencia, la parcela de reemplazo es el objeto en que reaparecen los derechos de dominio y demás derechos reales y situaciones jurídicas que tuvieron por base las parcelas sujetas a concentración».

La aplicación de la normativa vigente tiene como resultado, la existencia de supuestos de doble inmatriculación entre fincas de origen sujetas a concentración y fincas de reemplazo resultantes de la concentración, ya que no se deja constancia registral en el folio de las fincas de origen del hecho de que estén afectadas por un procedimiento de concentración parcelaria, ni posteriormente al tiempo de la inscripción de las actas de reorganización se cancela el folio real de dichas fincas de origen, y tampoco se refleja cuál o cuáles sean las concretas fincas de reemplazo adjudicadas por subrogación real en equivalencia o correspondencia con las fincas de origen aportadas al procedimiento. Al coexistir plenamente vigentes, abiertos, y operativos, los folios reales tanto de las fincas de origen como de las fincas de reemplazo, se han producido numerosos supuestos de doble inmatriculación en nuestro sistema registral, y de disociaciones entre los actos y negocios jurídicos que se han venido inscribiendo sobre las fincas de origen, cuyo historial permanece vigente y los actos y negocios jurídicos que se han venido inscribiendo sobre las fincas de reemplazo.

Para dar solución a estos supuestos debe tenerse en cuenta el procedimiento regulado en artículo 209 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, estamos ante una solicitud que puede resolverse al amparo del actual artículo 209 de la Ley Hipotecaria, y para la cual están plenamente legitimados los solicitantes, ya que cumplen el requisito de ser «titular registral de cualquier derecho inscrito en alguno de los diferentes historiales registrales».

Resolución de 23-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Medio Huércarl-Overa.

OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN 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».

Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General (cfr. resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo y 5 de julio de 2016), para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

Sin embargo, en el caso de este expediente la nota de calificación no expresa ningún motivo para justificar las dudas de extralimitación de la nueva construcción (garaje y piscina) respecto de la finca en la que se ubica; y, además, consta previamente inscrita la representación gráfica catastral de la finca y coordinada esta con el Catastro, según resulta de la propia información registral y catastral incorporada al título, lo que permite la comparación geométrica de los recintos y excluye cualquier mínima duda de extralimitación de las construcciones declaradas. Por tanto, carece de sentido exigir volver a inscribir una representación gráfica cuando ya está inscrita, salvo que se hubiese producido una modificación de dicha representación, circunstancia que no concurre en este expediente ni se justifica en la calificación.

Resolución de 24-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Cuenca.

INMATRICULACIÓN: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador opone como defecto que impide la inscripción que existen dudas fundadas de coincidencia de la finca cuya inmatriculación se solicita con otra ya inscrita. Ciertamente el registrador se limita a expresar la coincidencia en cuanto al número de parcela y parcialmente del polígono, ya que en el Registro se atribuye a una finca inscrita el mismo número de parcela que aquella cuya inmatriculación se pretende si bien se sitúa en el polígono 20-21. Y, no obstante ser esta circunstancia ciertamente anómala, no se encuentra

en la calificación indicio alguno que permita sostener la identidad, siquiera parcial de la finca inscrita con la que ahora se pretende inmatricular. Tampoco se incluyen más datos que pudieran apoyar razonablemente su negativa a la inmatriculación.

Por último, si bien ninguna norma obliga al registrador a facilitar nota simple informativa junto con la calificación negativa, es lo cierto que en este caso en la nota de calificación el registrador señaló «(...) la finca descrita en la escritura pudiera pertenecer parte de ella a la descrita en Registro bajo la finca registral 499 del término de Valdemoro de la Sierra —se acompaña nota simple informativa—», por lo que lógicamente el recurrente pudo entender que la nota formaba parte integrante de la calificación.

Resolución de 24-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Gérgal.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: SUPUESTOS ASIMILADOS.

El informe es un trámite en el que el registrador no puede añadir nuevos defectos ya que solo si el recurrente conoce en el momento inicial todos los defectos que impiden la inscripción del título según la opinión del registrador, podrá defenderse eficazmente, argumentando jurídicamente acerca de la posibilidad de tal inscripción.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 5, y 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 4), lo que en el caso de la Comunidad de Andalucía se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual.

No obstante, la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual

esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita.

Ha de ser la propia legislación urbanística que resulte aplicable la que debe establecer qué actos están sometidos a licencia, declaración de innecesariedad, u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse como reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, o ser asimilados a esta, así como determinar qué otros actos de uso del suelo o de las edificaciones quedan sujetas a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, determinación que constituye un presupuesto previo o «*prius*» respecto de su exigencia en sede registral, cuya configuración como requisito de inscripción, sin embargo, corresponde al Estado.

A la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos; mas, en otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

En el caso de la mera transmisión de una finca a dos compradores por mitad y proindiviso (mediante una compraventa simultánea y no sucesiva), o de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificarse, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna, a menos que vaya acompañada de un indicio cualificado como puede ser la nueva asignación de uso de parte determinada de finca o la conversión de una comunidad hereditaria en ordinaria mediante sucesivas transmisiones, siempre atendidas el resto de circunstancias concurrentes (relativas a la descripción, dimensiones, localización o número de fincas resultantes, o cualesquiera otras que resulten pertinentes para tal valoración), y de conformidad con la legislación sustantiva aplicable.

Resolución de 24-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE HIPOTECA: DETERMINACIÓN DE LA DEUDA OBJETO DE RECLAMACIÓN.

Como ha reiterado este Centro Directivo en diversas resoluciones y más recientemente en la de fecha 22 de febrero de 2019, tratándose la obligación garantizada de una cuenta de crédito abierto, para la inscripción del pacto de venta extrajudicial es necesario que se prevea expresamente en la escritura de constitución la forma de determinar registralmente la deuda antes de intentar su utilización. Si se pretende la constancia registral de la referencia a la posibilidad de utilizar el procedimiento extrajudicial, ha de hacerse con la salvedad de que

sea siempre que en la escritura de constitución conste el pacto de determinación de la forma de la constancia registral de la existencia y cuantía de la obligación futura por medio de la nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, al margen de la inscripción de hipoteca de que se trate, ya que, en caso contrario, podría inducir a confusión de que la cláusula legitimaba para el ejercicio del procedimiento sin más trámites ni requisitos y sin base registral previa respecto a la determinación de la obligación garantizada.

Es preciso que las partes interesadas preestablezcan en el contrato de crédito hipotecario, un sistema adecuado, seguro y ajustado a los principios hipotecarios de determinación del importe definitivo de la cantidad adeudada para la constatación registral del nacimiento de la obligación asegurada y su concreta cuantía, sistema que debe estar fundado en documentos que lleven aparejada ejecución (art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sin embargo, en este supuesto en concreto, consta inscrita la cláusula de ejecución extrajudicial sin referencia a modo de hacer constar en el futuro la existencia y cuantía de la obligación y aun incumpliendo las exigencias legales conforme se ha dicho, se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales por lo que no procede cuestionarse en el ámbito de este recurso su existencia o validez. Si bien hubiera sido conveniente destacar en la certificación la ausencia de pacto en cuanto a la determinación del saldo de la cuenta para el caso de ejecución extrajudicial, no hay precepto que imponga al registrador efectuar tal advertencia y, en cualquier caso, de la certificación resulta que no consta extendida la nota marginal de los artículos 143 de la Ley Hipotecaria y 238 de su Reglamento, relativa a la existencia y cuantía de la obligación al margen de la inscripción de hipoteca.

Respecto a la acreditación del saldo fijado, constando inscrita la cláusula de ejecución extrajudicial sin pacto de determinación del saldo, como ya puntualizaron las resoluciones de 6 de octubre de 1994 y 9 de octubre de 1997, nada impide que el acreedor pueda, en su día, obtener un título suficiente que concrete la deuda y le permita acudir a la ejecución por ese procedimiento, conforme los artículos 572 y 573 LEC.

No obstante, tratándose de hipotecas en garantía de cuentas corriente de crédito, como en este caso, el pacto de determinación bien podría referirse, por aplicación supletoria de la legislación antes transcrita, al certificado bancario del saldo líquido exigible, en el que consten las amortizaciones realizadas y sus fechas, a que se refiere el artículo 245 del Reglamento Hipotecario, y al documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada por las partes en la escritura de constitución de hipoteca, pero dada la inexistencia de acuerdo previo, deberá acreditarse el consentimiento expreso del deudor a la determinación de la cantidad exigible por este sistema.

Resolución de 24-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Vitoria, número 5.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. ARRENDAMIENTO FINANCIERO: CANCELACIÓN CUANDO ESTÁ GRAVADO CON ANOTACIONES DE EMBARGO.

Según la doctrina reiterada por este Centro Directivo, el registrador, ante cualquier operación jurídica cuya registración se solicite, no solo ha de calificar

su validez y licitud, sino decidir también si se halla sujeta o no a impuestos; la valoración que haga de este último aspecto no será definitiva en el plano fiscal, pues no le corresponde la competencia liquidadora respecto de los diversos tributos; no obstante, será suficiente bien para acceder, en caso afirmativo, a la inscripción sin necesidad de que la Administración fiscal ratifique la no sujeción, bien para suspenderla en caso negativo, en tanto no se acredite adecuadamente el pago, exención, prescripción o incluso la no sujeción respecto del impuesto que aquel consideró aplicable, de modo que el registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral.

Imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, debe tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiere la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, autonómicos— los que podrán manifestarse sobre ello al recibir la comunicación impuesta por ley, sin que corresponda a esta Dirección General pronunciarse, al no existir razones superiores para ello (por ejemplo, cfr. art. 118 de la Constitución) o tratarse de un supuesto en el que se esté incurriendo en la exigencia de un trámite desproporcionado que pueda producir una dilación indebida.

En el caso de este expediente ninguna duda existe de que la nota de calificación se produce dentro del ámbito competencial de la registradora, pues se discute si los titulares de derechos reflejados en los asientos posteriores a la inscripción del contrato de arrendamiento financiero y opción de compra que se declara extinguido, han tenido adecuada participación en el procedimiento. En consecuencia, no puede estimarse la alegación de la recurrente de extralimitación por parte de la registradora en el ejercicio de sus funciones legalmente atribuidas.

Se plantea en este recurso, como ya se ha adelantado, si es o no posible la cancelación de la inscripción de un contrato de arrendamiento financiero en virtud del testimonio de una sentencia judicial dictado en un procedimiento de declarativo dirigido exclusivamente contra la entidad arrendataria (y contra sus avalistas), en el que se declara la extinción de dicho contrato, cuando el derecho de arrendamiento se encuentra gravado con cuatro anotaciones preventivas de embargo.

Ciertamente cuestión distinta es la que plantea la cancelación del derecho cuya resolución se ha declarado en la sentencia calificada. Respecto de él, como han señalado las resoluciones antes citadas, se da el presupuesto que para su cancelación contempla el citado artículo 82 de la Ley Hipotecaria y ningún obstáculo existe para su constatación registral en cuanto con ello se logrará la deseable concordancia entre el contenido del Registro y la realidad extrarregistral, evitando, a la vez, que puedan acceder al Registro eventuales actos dispositivos realizados por o en nombre del titular de un derecho ya extinguido, aun cuando esa extinción y consiguiente cancelación no puedan perjudicar a terceros (art. 40 de la Ley Hipotecaria).

Lo procedente es limitar el reflejo registral de la extinción del citado derecho de arrendamiento financiero inscrito, mediante la extensión de una nota

marginal, haciendo constar dicha extinción por virtud de la sentencia objeto de calificación, dejando subsistente registralmente el asiento referido al citado derecho de arrendamiento financiero exclusivamente «en cuanto soporte de los embargos anotados», de forma que no pueda acceder al Registro en lo sucesivo ningún acto dispositivo o de gravamen, voluntario ni forzoso, que tenga por objeto tal derecho arrendaticio, «pues, con exclusión de dichos anotantes, el mismo carecerá de vigencia».

Resolución de 25-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 10.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

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.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código civil que señala que «las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 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 este 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. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 CC).

Como bien dice la registradora en su informe, el propio Tribunal Supremo ha declarado en sentencia de 29 de enero de 1996 que «habría que dilucidar cuál es la autoridad que se ha de dar a las resoluciones de la citada Dirección General y, en ese sentido, las sentencias de 22 de abril de 1987 y 15 de marzo de 1991, establecieron que si bien la doctrina de las mismas no es propiamente jurisprudencia dado el carácter administrativo del Centro, sin embargo es usual concederles una reconocida autoridad y sobre todo en los casos en que ninguna otra doctrina o norma se aducen en contra de la opinión fundada de dicho Centro».

Resolución de 25-4-2019
BOE 13-5-2019
Registro de la Propiedad de Álora.

PACTO DE RESERVA DE DOMINIO: NATURALEZA Y EFECTOS.

En la estipulación séptima del título calificado se pacta que «la presente extinción de condominio queda sujeta a la condición suspensiva de que la entidad bancaria (...) consienta y apruebe liberar de cualquier responsabilidad por razón del préstamo hipotecario (...) que grava la finca objeto de esta escritura y reseñado en el apartado cargas, a doña (...) reconociendo como único deudor del mismo a don (...) liberación y reconocimiento que deberá llevar a cabo dicha entidad bancaria en el plazo máximo de seis meses a computar desde que la presente escritura quede debidamente inscrita en el Registro (...)».

Como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1993, «el pacto de reserva de dominio tiene plena validez, según doctrina uniforme de esta Sala [sentencias de 16 de febrero de 1894, 8 de marzo de 1906, 30 de noviembre de 1915 y, 10 de enero y, 19 de mayo de 1989 (*RJ* 1989, 3778)]; en la compraventa, supone que el vendedor no transmite al comprador el dominio de la cosa vendida hasta que este le pague por completo el precio convenido, significa una derogación convencional del artículo 609 del Código civil en relación con los artículos 1461 y concordantes y aunque se entregue la cosa no se transmite la propiedad, viniendo a constituir, como cualquier otra cláusula que se establezca con tal fin, una garantía para el cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada, y verificado tal completo pago se produce *ipso iure* la transferencia dominical; no afecta, pues, a la perfección, pero sí a la consumación, sin que se desnaturalice el concepto jurídico de la compraventa ni se prive a los contratantes, una vez perfecta aquella por el libre consentimiento, del derecho a exigirse recíprocamente el cumplimiento de las obligaciones esenciales de la misma». Aunque el pacto de reserva supone la dilación de la transmisión del dominio a un momento posterior, el del completo pago del precio, no por ello deja de desenvolver unos efectos que han sido reconocidos reiteradamente por la jurisprudencia y que merecen la oportuna protección del Registro.

Por eso, según la resolución de esta Dirección General de 4 de diciembre de 2010 señaló que origina una situación que equivale sustancialmente, en los efectos prácticos, a las que crea la denominada condición resolutoria explícita, en tanto en cuanto la falta de pago del precio comporta la resolución del contrato —título que sirve de base a dicha titularidad jurídico real— y la extinción de esa titularidad del comprador. No obstante, como ha puesto de relieve la

resolución de 28 de noviembre de 2017, no puede afirmarse que el pacto de reserva de dominio no es más que una condición o causa resolutoria de las contempladas en el artículo 1504 del Código civil. A pesar de que en la resolución de 4 de diciembre de 2010 se afirmó la identidad práctica entre pacto de reserva de dominio y condición resolutoria, esa identidad no tuvo otra finalidad que aplicar el régimen jurídico previsto para esta última (art. 175.6.^a del Reglamento Hipotecario), con el fin de no dejar desprotegidos ni al adquirente ni al acreedor embargante de su derecho.

En el supuesto de compraventa con precio aplazado y pacto de reserva de dominio el comprador adquiere la posesión de la cosa y no puede enajenarla ni gravarla (art. 4 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles), estando limitada la acción de sus acreedores a la posición jurídica adquirida (*vid.* regla decimoquinta de la Instrucción de esta Dirección General de 3 de diciembre de 2002). El vendedor por su parte, pese a conservar el dominio, está limitado por el derecho del comprador y solo puede disponer de su derecho respetando su posición jurídica como solo puede ser embargado su derecho en los mismos términos. En el concreto supuesto de este expediente, el adjudicatario de la finca en la extinción de condominio, mantiene la posesión total de la finca —antes era coposeedor— pendiente del cumplimiento de la condición suspensiva, por lo que no puede realizar actos de disposición y gravamen sin consentimiento del otro condueño hasta que no se cumpla la condición establecida, estando limitada la acción de los acreedores a la posición jurídica dicha; y la no adjudicataria mantiene su posición de dominio en tanto no se cumpla la condición suspensiva y pendiente de esta, si bien durante el periodo de pendencia, a diferencia de la condición resolutoria, los efectos son otros.

Partiendo de la necesidad de interpretar las cláusulas de los contratos en el sentido más favorable para que produzcan efecto con base en el principio de «*favor negotii*», contemplando la eficacia y haciendo primar el sentido teleológico de lo convenido (cfr. arts. 1284 y 1285 CC), resulta que lo que quiere condicionarse suspensivamente es la transmisión de la propiedad, siendo así que, con arreglo a la jurisprudencia y doctrina indicadas, no existe ningún obstáculo para ello y para su inscripción registral.

Resolución de 25-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Guardamar del Segura.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación negativa es o no ajustada a Derecho, como resulta de los artículos 19 y 19 bis de la Ley Hipotecaria. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente la determinación de la procedencia o no de la extensión de una inscripción ya practicada. 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).

Resolución de 26-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Pontevedra, número 2.

HERENCIA: PARTICIÓN HECHA POR EL TESTADOR.

En primer lugar, hay que recordar que, ante la regla general de la concurrencia de todos los herederos a la partición, existen excepciones en las que no es precisa la misma: que haya sido hecha por el testador la partición —artículo 1056 del Código civil—, que haya sido hecha por contador partidor designado —artículo 1057 del Código civil— o incluso los casos especiales de la delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil. En el supuesto de este expediente se debate esta necesidad de concurrencia pendiente de si nos encontramos ante un auténtico testamento particional o no.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (*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 concreta en expresar la voluntad de que cuando se lleve a cabo la partición, ciertos bienes se adjudiquen en pago de su haber a ciertos herederos que indique. La simple norma de la partición vincula a los herederos, o en su caso, al contador partidor designado para hacerla, en el sentido de que al hacerse la partición habrán de tenerse en cuenta las normas dictadas por el testador y adjudicar, siempre que sea posible, al heredero o herederos de que se trate los bienes a que la disposición testamentaria se refiere. Por el contrario, la verdadera partición testamentaria, determina, una vez muerto el testador, la adquisición directa «*iure hereditario*» de los bienes adjudicados a cada heredero.

Como ha reiterado este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), la liquidación de gananciales es una operación previa, independiente y distinta de la partición de la herencia del cónyuge fallecido, suponiendo, dicha liquidación, la de las relaciones crédito-deuda entre los bienes comunes y los privativos de los esposos, y para la que es imprescindible el consentimiento del cónyuge sobreviviente —o sus herederos o causahabientes— y el de los herederos del fallecido. En el supuesto de este expediente, si bien debe respetarse la partición hecha por el testador don F. C. M. en su testamento respecto de bienes identificados en el mismo, ya que expresamente lo hace en ejercicio de su derecho del artículo 1056 del Código civil, no puede prescindirse del consentimiento de todos los herederos de los causantes por cuanto en el testamento de doña B. R. P. no se contiene esa aseveración y no hay una verdadera partición de sus bienes, sino tan solo «normas de la partición», y siendo que se trata de bienes gananciales, ha de practicarse tal partición respecto de ellos; además, los bienes no se describen debidamente de modo que permitan identificar aquellos a que se refieren los testamentos con las fincas registrales. Esta falta de identificación de los bienes es obstáculo para la inscripción sin el consentimiento del otro heredero de los causantes, tal como señala la registradora en la calificación.

El consentimiento del heredero o de sus propios herederos no es un formalismo desproporcionado, sino que es una exigencia derivada del principio de tracto sucesivo, uno de los pilares en que se sustenta el sistema registral español,

consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria. Por otra parte, la legislación hipotecaria prevé procedimientos para que, con las debidas garantías para dicho titular, pueda ser reanudado el tracto sucesivo que ha sido interrumpido, armonizando así los derechos e intereses del titular registral y de quien habiendo adquirido una finca inscrita no puede obtener reflejo tabular de su título por defecto de titulación en la cadena de titularidades anteriores a la suya y que enlaza con la titularidad registral.

Resolución de 26-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Castro-Urdiales.

DERECHOS REALES: *NUMERUS APERTUS*. DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO CONVENCIONAL: CONFIGURACIÓN.

Con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. arts. 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 del Reglamento Hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 647 CC y 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes. Entre ellas deberá estar la de respetar la necesaria fijación de la duración de los derechos reales limitados, salvo que excepcionalmente se admitan con carácter indefinido como ocurre con las servidumbres prediales.

Respecto de los derechos de adquisición preferente, ya en la resolución de 20 de septiembre de 1966 este Centro Directivo admitió la posibilidad de que los derechos de tanteo y retracto voluntarios sean configurados por las partes contratantes en el título de su constitución como un verdadero y propio derecho real. Más recientemente ha vuelto este Centro Directivo a expresar la necesidad de que la constitución de un derecho de tanteo o retracto voluntario que pretenda tener carácter real se configure como tal en el título de su constitución de forma que no quepa duda al respecto. Esta misma línea de apertura en favor de la posible configuración de los derechos de tanteo y retracto voluntarios como auténticos derechos reales se observa en la jurisprudencia.

Debe tenerse en cuenta que, como afirmó esta Dirección General en la resolución de 14 de junio de 2010, en un sistema registral de inscripción, como es el nuestro, en que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos («expresión circunstanciada», dispone el artículo 51.6.º del Reglamento Hipotecario, que refleje la naturaleza, extensión y condiciones suspensivas o resolutorias, si las hubiere, del derecho que se inscriba), es evidente que la claridad en la redacción de los títulos que pretendan acceder al Registro es presupuesto de su fiel reflejo registral. Esta exigencia aumenta en relación con los derechos atípicos que se puedan constituir al amparo del principio de la autonomía de la voluntad. Y en virtud del límite positivo, se hace «imprescindible la determinación del concreto contenido y extensión de las facultades que

integran el derecho que pretende su acceso al Registro», pues esta determinación, esencial para lograr el amparo registral (cfr. arts. 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento) en los derechos reales atípicos, por definición, no puede integrarse por la aplicación supletoria de las previsiones legales —cfr. resolución de 10 de abril de 2014—.

Estamos por tanto ante una figura de tanteo convencional inscrito, en base al principio de «*numerus apertus*» que no se identifica totalmente con el pacto de retro en la venta a carta de gracia por lo que no se le puede aplicar, salvo que se hubiera así pactado expresamente, el plazo de caducidad previsto en el artículo 1508 del Código civil. Será por tanto aplicable la previsión del artículo 210.1, regla octava, de la Ley Hipotecaria. Mientras no concurran tales plazos la cancelación del derecho de tanteo y retracto convencional no podrá producirse por caducidad y deberá acudirse a la regla general de escritura pública en la que preste su consentimiento el titular registral del derecho o sus causahabientes, o vía sentencia firme en procedimiento dirigido contra él (art. 82 de la Ley Hipotecaria).

Ahora bien, una cosa es la imposibilidad de cancelar por caducidad el derecho de tanteo convencional tal como está inscrito (hay que insistir sin posibilidad de pronunciamiento sobre la procedencia de su inscripción sin sujeción a plazo, dado que están los asientos bajo salvaguardia judicial) y otra cosa bien distinta es concluir que la existencia del derecho de tanteo tal como está configurado impide la inscripción de la compraventa presentada a inscripción. Aunque se mantenga la vigencia del derecho de tanteo convencional inscrito, y no sea posible su caducidad, nada impide la inscripción de la compraventa efectuada, arrastrando la carga, siempre que se cumplan con las previsiones pactadas en el derecho de tanteo inscrito entre ellas la notificación fehaciente al titular del tanteo y retracto convencional.

Resolución de 29-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 37.

CONCURSO DE ACREEDORES: ENAJENACIÓN DE BIENES GRAVADOS CON HIPOTECA.

Los antecedentes expuestos no permiten conocer si el crédito garantizado con hipoteca sobre la finca se había extinguido en la fecha de la transmisión de la misma o, por el contrario, dicho crédito, hubiera sido o no reconocido en el concurso de acreedores, continuaba existiendo. Si la extinción del crédito garantizado con hipoteca se ha producido antes o durante la tramitación del concurso de acreedores, podría explicar que en el plan de liquidación no figure referencia alguna a dicho crédito y que el Administrador concursal haya declarado en la escritura calificada que la finca vendida está libre de cargas si bien la hipoteca referida está pendiente de cancelación registral.

El segundo caso por considerar es que no se hubiera reflejado la existencia del derecho real de garantía, a pesar de existir, en los documentos confeccionados por el Administrador concursal. En el sistema concursal español, la regla general en materia de reconocimiento de los créditos concursales es la solicitud del acreedor. Ahora bien, el hecho de que un bien o derecho de la masa activa no figure como gravado con prenda o hipoteca a pesar de existir esa garantía real no significa que el derecho real se extinga. La consecuencia es que, si en el

concurso de acreedores un bien o derecho se transmite como libre, sea por no figurar como bien o derecho afecto a pesar de estarlo, sea figurando como tal pero incurriendo en error el administrador concursal al proceder a la enajenación a través del procedimiento concursal, la transmisión es radicalmente nula, debiendo el registrador denegar su inscripción.

Estando inscrita la hipoteca en el Registro de la Propiedad, el registrador debe comprobar que en el título calificado consta el cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos del acreedor hipotecario. El artículo 155 de la Ley Concursal —al que se refiere la registradora en su calificación— se encuentra en plena armonía con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la misma ley. Siguiendo el criterio marcado, entre otras, por las resoluciones de esta Dirección General de 5 de septiembre y 13 de octubre de 2014, 22 de septiembre de 2015, 16 de marzo de 2016 y 11 de septiembre de 2017, cabe recordar que, como se expresa en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2013 «el plan de liquidación puede prever una forma especial de realización o enajenación de los activos del deudor, alternativa o complementaria a las previstas con carácter general y subsidiario en el artículo 149 LC, pero no puede obviar los derechos del acreedor hipotecario en el concurso regulados legalmente, en este caso, en el artículo 155 LC». Como ha tenido ocasión de poner de relieve este centro directivo, las reglas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación del bien sobre que recae el derecho real de garantía (arts. 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) tienen carácter imperativo y a ellas necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de enero de 2017).

En el presente caso (en que, según la nota registral incorporada a la escritura calificada, el crédito garantizado con hipoteca fue cedido después de la aprobación del plan de liquidación) no se han cumplido los requisitos establecidos en el artículo 155.4 de la Ley Concursal en los términos expuestos, entre otros, el relativo al precio de la venta (31.000 euros), toda vez que es inferior al precio pactado (123.480 euros; valor de tasación establecido en la escritura del préstamo hipotecario), y no ha habido aceptación expresa del acreedor con privilegio especial.

Resolución de 29-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

SEGREGACIÓN: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN.

Conforme al artículo 26 de la Ley del Suelo tanto notarios como registradores cumplen con exigir que se aporte la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable, sin que sea precisa que indaguen la licitud intrínseca de dicha autorización, de conformidad con la presunción de validez y ejecutividad de los actos administrativos. Sin embargo, sí deben comprobar la correspondencia de la operación jurídica realizada con el documento administrativo que acredite la conformidad, aprobación o autorización administrativa.

En cuanto a la pretensión del recurrente de que solo sea objeto de inscripción la parcela 873-1, aun cabiendo la solicitud de inscripción parcial con

base en el principio de rogación registral (cfr. arts. 6 y 19 bis de la Ley Hipotecaria), no puede desconocerse el hecho de que la finca cuya inscripción se pretende surge, por segregación, de otra previamente inscrita, siendo necesaria la inscripción de la operación de modificación de entidades hipotecarias que dé lugar al nacimiento de la finca registral cuya inscripción dominical, a favor del recurrente, se solicita.

Dadas las exigencias derivadas del principio de especialidad registral en las que están implicados intereses que, por afectar al estatuto jurídico de la propiedad inmueble, suponen la protección de intereses del tráfico jurídico, como lo son los que imponen la exacta determinación del derecho transmitido (*vid.* resoluciones de 21 de junio de 1991, 30 de septiembre de 2005, 13 de febrero de 2007 y 29 de agosto de 2011), esta no debe precisarse de una manera equívoca, como ocurre en el caso de este expediente, al distinguir entre superficie bruta y neta de las fincas segregadas y resto.

Resolución de 29-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 11.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Con carácter previo, ha de recordarse la vigencia y debida aplicación tanto de lo dispuesto en el artículo 327 de la Ley Hipotecaria, como de lo dispuesto en la Instrucción de 25 de octubre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre utilización de medios electrónicos en las comunicaciones de notarios y registradores con la Dirección General de los Registros y el Notariado. Conforme a la referida instrucción de este Centro Directivo de 25 de octubre de 2016, todas las comunicaciones que por disposición legal o reglamentaria deban realizar los notarios o registradores a la DGRN se realizarán a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia.

Constando inscrita una determinada finca resultante de agrupación a nombre de cuatro personas (una madre y tres hijos) en determinada forma y proporción, todo ello en virtud de una escritura pública otorgada en el año 2004, se pretende ahora la inscripción de escrituras posteriores otorgadas ante otro notario distinto por las que las fincas agrupada, o la resultante de su agrupación, habría de resultar inscrita a favor de solo dos de aquellas cuatro titulares registrales.

Es claro que en nuestro sistema registral, conforme a los principios esenciales del mismo, sobre todo el de legitimación y de tracto sucesivo, plasmados entre otros en los artículos 20, 38, 40 y 82, de la Ley Hipotecaria, y que por su capital importancia y sobrado conocimiento huelga aquí transcribir, para poder inscribir una determinada rectificación de una determinada titularidad registral, han de consentirlo todos y cada uno de los titulares registrales afectados por la rectificación, y además, causalizando debidamente los negocios jurídicos en virtud de los cuales hayan de operarse tales rectificaciones de la titularidad registral vigente.

Resolución de 30-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Chiclana de la Frontera, número 2.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, que si bien es cierto el deber de cumplir los registradores las resoluciones judiciales firmes, también es su deber y potestad calificadora la de verificar que todos los documentos inscribibles que son objeto de inscripción cumplen con las exigencias del sistema registral español, partiendo de que los asientos registrales no son transcripción del acto o contrato que provoca la modificación jurídico real que accede al Registro, sino un extracto de los mismos. Compete a la calificación registral (art. 101 del Reglamento Hipotecario) comprobar si se expresan, con la claridad suficiente, todas las circunstancias que según la Ley y el propio Reglamento deba contener la inscripción (cfr. art. 98 del Reglamento Hipotecario).

El primer defecto se refiere a la falta de constancia de la firmeza de la resolución judicial. El artículo 283 del Reglamento Hipotecario dispone que «declarado justificado el dominio, será necesario para que la inscripción se lleve a cabo, presentar en el Registro testimonio judicial bastante en que conste ser firme el auto, que se insertará literalmente». Siguiendo lo que ya declaró esta Dirección General en resolución de 8 de junio de 2009, este primer defecto no puede ser mantenido, ya que, del tenor literal de la resolución judicial, que subordinaba la expedición del testimonio literal a su firmeza, y de la mera observación de las fechas del auto y de la expedición del citado testimonio, resulta claramente que en el momento en que se expide el testimonio literal a efectos de inscripción era ya firme el auto judicial acordando la inmatriculación de la finca.

En cuanto al segundo defecto, que se refiere a la omisión de las circunstancias personales de los promotores, faltando tales circunstancias en el título presentado, deberá subsanarse la omisión.

Debe recordarse que incluso en caso de no aportarse dicha certificación catastral descriptiva y gráfica con las correspondientes coordenadas georreferenciadas, el registrador, a solicitud del interesado, puede obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, tal y como ha señalado este Centro Directivo en el apartado primero de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, en base a que la resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, de fecha 26 de octubre de 2015. Por tanto, en el caso de este recurso el defecto debe confirmarse, si bien bastará la mera solicitud del interesado para que el registrador pueda obtener la certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulte la representación gráfica de la finca, en cumplimiento del principio de rogación.

Por lo que se refiere al defecto que alude al error en el Ayuntamiento en que se publicaron los edictos y a la omisión de la publicación en periódicos de mayor circulación a que se refiere el párrafo segundo de la regla tercera del artículo 201 de la Ley Hipotecaria, esta Dirección General se ha referido a ello en las resoluciones de 11 de febrero de 1999 y 22 de marzo de 2018 considerando que tal publicación no puede considerarse como un trámite esencial del procedimiento en el caso del expediente de reanudación del tracto, aunque se

afirmó que tal carácter esencial es discutible si el expediente de dominio es para la inmatriculación de la finca.

En cuanto al defecto relativo a la identidad de la finca con otra inscrita, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las dudas del registrador no pueden impedir la inscripción, en vía de principios, en los supuestos de expediente de dominio (véanse resoluciones de 10 de mayo de 2002, 10 de septiembre de 2003, 28 de abril de 2005, 7 de julio de 2006, 11 de diciembre de 2010 y 4 de mayo de 2011), pues, en este último caso se trata de un juicio que corresponde exclusivamente al juez, por ser este quien dentro del procedimiento goza de los mayores elementos probatorios para efectuarlo, y de los resortes para hacerlo con las mayores garantías. Por tanto, 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. Ahora bien, en supuestos, como el de este recurso, en que el registrador haya expresado dudas al expedir la certificación, es preciso que el auto judicial desvirtúe tales dudas.

Respecto del último de los defectos señalados en la calificación, este Centro Directivo se ha pronunciado en reiteradas ocasiones (cfr. resoluciones de 9 de octubre de 2000, 13 de septiembre de 2003 o 6 de julio de 2005) acerca de que las exigencias que la legislación urbanística impone para el acceso al Registro de una nueva construcción deben aplicarse también cuando se pretende directamente la inmatriculación de una finca edificada.

Resolución de 30-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

EXPEDIENTE DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la reciente resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

En 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 a que se encubran 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 pone de manifiesto con detalle una serie de circunstancias que justifican las dudas, apreciándose, además una grave desproporción en la superficie de la representación gráfica respecto de la que figura inscrita.

Resolución de 30-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro de la Propiedad de Bilbao, número 6.

COMUNIDAD DEL ARTÍCULO 68 RH: NATURALEZA. DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD: NATURALEZA Y EFECTOS.

Entrando en el examen del fondo del recurso, a fin de precisar el supuesto de hecho a que se refiere este recurso interesa señalar que, según se desprende de la documentación obrante en el expediente, por un lado, las cuotas indivisas concretadas en trasteros ya transmitidas constan inscritas con señalamiento de un número de trastero con especificación de la superficie atribuida y sus linderos, pero, por otro lado, diversamente los trasteros pendientes de transmitir correspondientes al porcentaje del 12,70% del local (en concreto los números 5, 8, 16, 24 y 26), que conservan en pro indiviso las propietarias originales del local, no tienen asignada una cuota de participación separada o individualizada, ni consta la descripción individualizada de tales trasteros en el título calificado ni en otro anterior, ni consta su inscripción en folio independiente.

En este sentido, este Centro Directivo ha señalado reiteradamente (*vid.*, por todas, la resolución de 14 de febrero de 2013) que la fijación de determinadas cuotas indivisas, como consecuencia de la pretendida división de un local que forma parte de una propiedad horizontal, no da lugar a que dichas cuotas puedan ser calificadas jurídicamente como fincas independientes dentro de un nuevo régimen de subpropiedad horizontal constituido sobre dicho local, respecto de las cuales puedan operar en todo su rigor los principios hipotecarios, y en especial el de tracto sucesivo. Para que pueda hablarse de propiedad separada en un régimen de propiedad horizontal no basta con definir una cuota abstracta respecto del todo, sino que se precisa, además, la delimitación suficiente de un espacio susceptible de aprovechamiento independiente sobre el que se proyecte ese derecho singular y exclusivo de propiedad, y en cuyo goce se concrete esa participación abstracta.

De lo anterior resulta la trascendencia que tiene la delimitación física del objeto a que se refiere la atribución de uso exclusivo. Esa delimitación va a transformar la comunidad ordinaria preexistente en una comunidad especial con asignación de uso de plazas de aparcamiento o trasteros determinados, comunidad de carácter funcional, por razón de su destino, en la que queda excluida la «*actio communi dividundo*» y el derecho de retracto (cfr. resolución de 27 de mayo de 1983), y que como tal comunidad o subcomunidad participa de algunas de las características propias de la propiedad horizontal, en cuanto integrada por elementos comunes (zonas accesos, rodamiento, etc.) y otros privativos, susceptibles de un aprovechamiento separado e independiente (cfr. sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 24 de diciembre de 1990). Debe confirmarse la calificación de la registradora, pues tal y como está determinado el derecho de uso objeto de la concreción o atribución patrimonial implica una alteración del régimen de comunidad y de su titularidad, lo que exige, además del consentimiento de los copropietarios del local (*vid.* resoluciones de 6 de septiembre de 2002 y 13 de octubre de 2009).

Como se ha dicho, el principio de consentimiento causal se manifiesta no solo en la necesidad de existencia de una causa verdadera y lícita, sino también en la exigencia de expresión en el título inscribible y en la inscripción registral de la causa de la adquisición, sin que sea posible, a efectos registrales, la presunción de existencia de dicha causa, expresión de la causa que deberá hacerse «sin imprecisiones, contradicciones ni ambigüedades» (*vid.* resolución de 16 de

enero de 2013). En el presente caso el título calificado omite toda referencia causal a la atribución patrimonial resultante de la «concreción del uso» exclusivo y excluyente sobre determinado trastero a favor de una de las dos cotitulares de la comunidad ordinaria existente sobre la participación indivisa de 12,70% sobre el local del inmueble en que se ubica dicho trastero, por lo que no satisface las exigencias que en cuanto a determinación y expresión de la causa negocial se desprenden de la doctrina que ha quedado expuesta.

Debe precisarse, como señala la registradora en su nota de calificación haciéndose eco de la doctrina de esta Dirección General, que una cosa es el condominio ordinario que ostentan las dos titulares que quedan sobre la parte del local no vinculado a trasteros concretos, y otra el régimen de comunidad ordinaria de los diferentes trasteros cuyas cuotas indivisas se materializan en porciones determinadas de espacio físico del local con su superficie y linderos, lo que les atribuye sustantividad y autonomía jurídica y económica. El hecho de que se haya constituido sobre un local de un edificio en régimen de propiedad horizontal la comunidad especial del artículo 68 del Reglamento Hipotecario, no es incompatible con que todas o algunos de las plazas de aparcamiento o de los trasteros independizados (gozando desde entonces de autonomía jurídica y económica) a través de la apertura de folio registral propio con asignación de un derecho de uso exclusivo sobre tales plazas o trasteros, puedan pertenecer en pro indiviso a varias personas en comunidad ordinaria.

Es cierto que esta Dirección General (*vid.* resolución de 11 de noviembre de 2011), ha afirmado el carácter atípico, no regulado legalmente, de la «extinción parcial» de comunidad, negando su asimilación indiferenciada con la figura de la «extinción total». En definitiva, la especial naturaleza del negocio de extinción total de comunidad no permite trasladar el régimen de sus requisitos y efectos al denominado negocio de «extinción parcial de comunidad». A la vista de esta doctrina, si el acto no produce la disminución de miembros de la comunidad, sino simplemente la alteración de las cuotas de los mismos, no cabrá calificarlo de acto de disolución, porque no existirán elementos suficientes para distinguirlo de la simple transmisión de cuotas. Sin embargo, todo acto, aunque no implique reducción de los miembros de la comunidad, por propia naturaleza, puede entenderse encaminado al cese final de la situación de comunidad y, aunque no se logre dicho efecto totalmente, si el acto tiende naturalmente a dicho resultado, podrá ser calificado de disolución.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 7-3-2019
BOE 4-4-2019
Registro Mercantil de Madrid, número III.

DISOLUCIÓN. CESE DIFERIDO DEL ADMINISTRADOR.

Con fecha 31 de mayo se adoptan acuerdos de disolución, cese del administrador con efecto el día 31 de julio y nombramiento de liquidador con

efecto el 1 de agosto. Ello no es posible puesto que, con la disolución, el administrador cesa en su cargo y se extingue su poder de representación asumiendo sus funciones el liquidador. Y si no existe un especial nombramiento la ley lo convierte en liquidador. En el supuesto contemplado se presenta también una escritura en la que se eleva a público un acuerdo de fecha 28 de septiembre ratificando los anteriores. Pero así no se consigue convalidar el defecto subyacente, que es la pretensión de que el asiento de disolución refleje la continuidad en su cargo del órgano de administración cesado por aplicación de la previsión legal.

Resolución de 20-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número II

CUENTAS ANUALES. SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN POR EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR PENDIENTE

Hasta que el expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría no quede resuelto en vía administrativa el registrador no podrá decidir sobre la procedencia del depósito de cuentas, pues debe suspender la calificación hasta que la situación del contenido del Registro sea definitiva. Lo mismo ocurre por tanto cuando el procedimiento de designación de auditor está suspendido por existencia de litispendencia civil.

Resolución de 21-3-2019

BOE 9-4-2019

Registro Mercantil de La Coruña, número I.

CUENTAS ANUALES. SUSPENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN POR EXPEDIENTE DE NOMBRAMIENTO DE AUDITOR PENDIENTE

Hasta que el expediente de nombramiento de auditor a instancia de la minoría no quede resuelto en vía administrativa el registrador no podrá decidir sobre la procedencia del depósito de cuentas, pues debe suspender la calificación hasta que la situación del contenido del Registro sea definitiva. Esto es también aplicable al caso analizado, en el que existe una resolución definitiva en el ámbito del procedimiento administrativo de designación de auditor que incluso ha dado lugar a su designación y a la inscripción correspondiente en el Registro Mercantil, habiendo sido impugnada la resolución de la Dirección General en vía judicial y practicada anotación preventiva de medida cautelar adoptada por el juez de lo mercantil ordenando al registrador que se abstenga de designar auditor en tanto no recaiga resolución definitiva (independientemente de la imposibilidad de cumplir el tenor literal de lo ordenado ya que la designación del auditor ya está inscrita).

Resolución de 3-4-2019

BOE 24-4-2019

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número I.

ESTATUTOS. ACUERDOS SOCIALES. MAYORÍAS

Se trata de una cláusula estatutaria que establece, para la adopción de acuerdos, una mayoría de un 80% de los votos correspondientes a las participaciones en que se divide el capital social. En la sociedad de responsabilidad limitada se puede modificar el sistema de mayorías para la adopción de acuerdos, bien añadiendo la exigencia de mayorías viriles, bien aumentando el *quorum* de votación exigido por la ley. Pero también se establece en la ley un *quorum* de votación máximo para determinados casos especiales que no puede ser alterado estatutariamente, como el acuerdo de cese de administrador o el de disolución por causa legal (arts. 223.2 y 364 LSC). La exigencia de claridad y precisión de los asientos registrales, en función del alcance «*erga omnes*» de sus pronunciamientos, impide que pueda tener acceso al Registro la cláusula estatutaria discutida si no exceptúa las hipótesis apuntadas, pues de otro modo se generaría, en conexión con la presunción de exactitud y validez del contenido del Registro, la duda sobre cual sería la efectiva mayoría exigida para estos casos, el sistema ordinario de *quorum* y mayorías previstos en la ley o el reforzado establecido en los estatutos. La mera referencia al contenido imperativo de la Ley contenida en los estatutos de la sociedad no es suficiente para despejar las dudas que la cláusula debatida establece sobre el régimen de mayorías aplicable.

Resolución de 22-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro Mercantil de Puerto del Rosario

CUENTAS ANUALES. CERTIFICADO DE NO APROBACIÓN DE LAS CUENTAS.

El artículo 378.7 del RRM permite el levantamiento del cierre registral por falta de depósito de las cuentas anuales cuando, en cualquier momento, se acredite que la misma se ha producido, en la forma expresada en el 378.5, que establece como uno de los medios la certificación del órgano de administración expresando la causa. Esto no puede ser interpretado en el sentido de exigir que esa justificación documental se presente en el Registro dentro del plazo de un año, puesto que la norma mencionada presupone que el cierre se ha producido precisamente por el transcurso de dicho plazo.

Resolución de 24-4-2019

BOE 13-5-2019

Registro Mercantil de Murcia, número I.

ACUERDOS SOCIALES. CERTIFICACIÓN. ELEVACIÓN A PÚBLICO. SUBSANACIÓN. COMPETENCIA.

Se trata de una escritura de elevación a público de acuerdos sociales subsanada por otra otorgada por un apoderado en la que expresa que fue designado

como tal en virtud de los acuerdos adoptados en la junta de referencia y formalizados en la escritura subsanada, al haberle facultado «en la forma más amplia en Derecho, para la ejecución y desarrollo de todas y cada uno de los acuerdos adoptados por la Junta, con las más amplias facultades legales, así como para la subsanación, en su caso, de las omisiones o errores de los referidos acuerdos, y su interpretación; también para realizar cuantos actos sean necesarios y otorgar cuantos documentos públicos y/o privados fueran precisos para su plena efectividad hasta lograr la inscripción en el Registro Mercantil». La subsanación afecta también al contenido de la certificación (la numeración de las participaciones representativas del aumento de capital y la expresión de que fue confeccionada la lista de asistentes, su firma, y la aprobación del acta). La resolución declara que la elevación a instrumento público de acuerdos sociales puede efectuarse por el órgano de representación, directamente o por apoderado facultado para ello; las personas que tengan facultad certificante; y a cualquiera de los miembros del órgano de administración, con nombramiento vigente e inscrito, que hayan sido especialmente facultados en la reunión en que se hayan adoptado. Pero la facultad certificante corresponde siempre al órgano de administración o personas que ostenten determinados cargos dentro del mismo. El artículo 109 del RRM que establece los presupuestos subjetivos de la facultad de certificar ha de ser aplicada con rigor e interpretar de modo estricto tales requisitos, dada la especial trascendencia «*erga omnes*» de los asientos registrales que exigen la máxima certeza jurídica de los documentos que tienen acceso al Registro, no solo por lo que se refiere a la veracidad y exactitud del contenido de tales documentos, sino también respecto de la legitimación para expedirlos. Como cuestión previa señala que el objeto del recurso solo puede recaer sobre la calificación tal y como ha sido formulada sin poder entrar en otras cuestiones como pudiera ser la relativa al hecho de que el apoderamiento que se alega por el otorgante de la escritura de subsanación calificada haya sido conferido por la junta general y no por el órgano de administración.

Resolución de 23-4-2019
BOE 13-5-2019
Registro Bienes Muebles de Badajoz.

RECURSO. OBJETO.

Practicada una anotación de embargo esta se halla bajo salvaguardia de los tribunales. No cabe revisar la legalidad de la práctica del asiento a través de un recurso contra la calificación del registrador. En consecuencia, tampoco procede que la nota de despacho incluya pie de recursos.

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 10-4-2019.
DOGC 25-4-2019
Registro de la Propiedad de Balaguer.

FAMILIA. CONVENIO REGULADOR.

Es preciso remitirse al comentario de la resolución *JUS* 2941/2015, de 26 de noviembre, de que trae causa¹, con la única diferencia de que en este caso, a consecuencia de la revocación del defecto relativo a la necesidad de escritura pública de compraventa, el registrador no la considera necesaria. Respecto de la necesidad de aprobación judicial, el fundamento de derecho tercero de la resolución *JUS* 2612/2011, de 7 de octubre consideró ya, respecto del convenio de disolución de condominio de pareja estable, que *desde el punto de vista de la forma, dado que el testimonio del secretario judicial es, evidentemente, un documento público, y dado que el convenio ha sido necesariamente ratificado por las partes interesadas ante la autoridad judicial a lo largo del procedimiento*, si bien la aprobación judicial no convierte en inscribible el pacto sin más (así, resolución *JUS* 1853/2016, de 21 de junio², según la cual no es inscribible un acuerdo derivado de una extinción de pareja de hecho aprobado judicialmente por el que se articula una transmisión de una finca de uno de sus miembros al otro). En este caso, la Dirección General de Dret no vincula necesariamente la necesidad de aprobación judicial con la existencia de un menor de edad, al menos de manera expresa. En cambio, la jurisprudencia diferencia estos supuestos. Así, el fundamento de Derecho segundo de la STSJC de 10 de septiembre de 2010³, dictada al amparo del entonces vigente artículo 78 del Código de Familia 9/1998, de 15 de julio —hoy 233-3 del Libro II— entiende que si se realiza un estudio de la normativa propia del Derecho civil catalán —en contraposición a la del Derecho civil común—, destaca *la plena autonomía negocial de la que gozan los cónyuges para regular en un convenio de ruptura convivencial lo que tengan por conveniente, siempre, obviamente, que no sea contrario a las leyes, a la moral ni al orden público —artículo 1255 del Código civil— y que el legislador catalán en tal materia solo ha velado por los hijos y no por los esposos*. En cuanto al Centro Directivo, el fundamento de Derecho segundo de la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 16 de mayo de 2018, con cita de otras anteriores como la de resolución de 11 de octubre de 2017, puso de relieve que *el convenio regulador como negocio jurídico —tanto en su vertiente material como formal— propio y específico, goza de una aptitud privilegiada a los efectos de permitir su acceso a los libros del Registro. Si bien no deja de ser un acuerdo privado, la preceptiva aprobación judicial del mismo y el reconocimiento que se le confiere en los artículos 90 y siguientes del Código civil, establecen un marco válido para producir asientos registrales definitivos, siempre que las cláusulas del mismo no excedan de su contenido típico y normal, como pudiera predicarse de la liquidación del régimen económico-matrimonial, sin necesidad por tanto de escritura pública*. En este sentido, la resolución de fecha 21 de septiembre de 2015, reiterada en la de 16 de octubre de 2017 (fundamento de derecho tercero), con apoyo en las sentencias

de Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2002, y 31 de marzo de 2011⁴, redonda en la necesidad de aprobación judicial de los convenios reguladores y distingue entre el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé la normativa civil y que se incardina dentro del principio de autonomía de la voluntad. Por ello, entiende exigible la aprobación judicial para su validez así como las de sus ulteriores modificaciones en aquellos casos en que los convenios afectan a los hijos o incidan sobre aspectos que de modo expreso quedan sustraídos a la autonomía de la voluntad. En resumen, para que resulte inscribible la modificación del convenio regulador por el que se adjudica la vivienda a uno de los miembros de la pareja es precisa la aprobación judicial expresa y concreta de tal pacto.

Resolución de 29-4-2019

DOGC 8-5-2019

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 3.

URBANISMO. ITE.

Desde el punto de vista procedimental, la Direcció General reafirma su competencia, como en otras ocasiones⁵, basándose no solo en normativa de Derecho civil catalán, como en este caso el Libro VI, a propósito de las formas de transmisión de la propiedad, sino también en preceptos de Derecho administrativo y urbanístico, aunque con repercusiones civiles, como el Decreto 67/2015 o directamente el artículo 137 del Estatut. En el plano sustantivo, la primera cuestión que se discute, si bien de un modo un tanto tangencial, es la naturaleza jurídica de la transmisión de cuotas entre condóminos. El notario invoca en el escrito del recurso el ATS (NO sentencia) de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Sección 1ª) de 25 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 126994; MP: José Antonio MONTERO FERNÁNDEZ) en el que el caso planteado versa sobre la transmisión onerosa del 25 por ciento de una finca a uno de los comuneros. Pero, fuera del ámbito tributario, la cuestión debatida se ha tratado, entre otras, por la resolución de 2 de noviembre de 2018 de la Dirección General de los Registros y Notariado, recogiendo la doctrina sentada en resolución de 11 de noviembre de 2011 y 4 de abril de 2016. El caso resuelto partía de que los titulares de diversas partes indivisas de una finca adquirirían la parte indivisa de otro cotitular por iguales partes siendo la contraprestación pactada por tal transmisión cierta suma de dinero. En el fundamento de derecho tercero de esta resolución se argumenta que *cualquiera que sea la teoría que sobre su naturaleza jurídica se pretenda acoger entre las varias formuladas, bien la de considerar que en la comunidad hay una concurrencia de varias propiedades separadas recayente cada una de las cuales sobre una cuota o porción ideal de la cosa —artículo 399 del Código civil—, bien la de entender que hay una sola propiedad o derecho que manteniéndose único se atribuye por cuotas ideales a los distintos comuneros —artículo 392 y 395 del Código civil—, bien, en fin, la de estimar que en la comunidad se produce la concurrencia de varias propiedades totales sobre toda la cosa, recíprocamente limitadas por su concurso —artículo 394 del Código civil y sentencia del Tribunal Supremo de 28*

de mayo de 1986—, es lo cierto que en el supuesto de hecho del presente recurso no existe en el momento previo a la celebración del negocio jurídico documentado una situación de comunidad (subcomunidad) sobre la cuota indivisa perteneciente al comunero que la transmite a los otros tres comuneros adquirentes, por lo que difícilmente el título atributivo de dicha cuota a favor de estos últimos puede ser calificado como de disolución de comunidad, ni aun parcial, toda vez que aquellos no eran partícipes en el derecho de cuota objeto del negocio y concluye que es un negocio encaminado a la extinción de la comunidad. Por lo que respecta al fondo, el criterio adoptado por la Dirección General de Dret en cuanto a la entrega de los documentos a que se refiere el artículo 15 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo, o exoneración expresa, coincide con el sostenido en materia de cédula. Así según el fundamento de Derecho 3.2 de la resolución JUS 20/2012, de 5 de enero; el fundamento de Derecho 2.2 de la resolución 1507/2012, de 29 de junio o el también fundamento de Derecho 2.2 de la resolución de dicha Dirección 2316/2013, de 25 de octubre, señalan como obiter que el artículo 132 de la Ley, que se refiere a escrituras de transmisión o cesión de uso, es instrumental, y que la norma material es la del artículo 26.2 transcrito anteriormente que exige la cédula en cualquier transmisión, por venta, alquiler o cesión de uso, incluidas las derivadas de segundas y sucesivas transmisiones (...). La cédula hace falta entregarla, pues, en negocios que comportan una transmisión voluntaria y efectiva del uso de la vivienda a cambio de un precio o contraprestación. Como consecuencia, y manteniendo el criterio establecido en las resoluciones mencionadas, entendemos que la cédula no es exigible en las transmisiones no voluntarias por el transmitente, como son las adjudicaciones en procedimientos de ejecución de cualquier tipo, las expropiaciones o las transmisiones por causa de muerte, ni en aquellas que, a pesar de ser voluntarias, no comportan contraprestación a favor suyo, como son las donaciones. Consideramos que tampoco es exigible su aportación en negocios entre copropietarios en los cuales el adquirente o adjudicatario ya tenía, ni que sea parcialmente, el uso de la vivienda (como son la disolución de condominio ordinario o la liquidación del régimen matrimonial de comunidad de bienes —en el que no hay propiamente transmisión— o la compra por parte de un copropietario de la participación indivisa de la vivienda a otro copropietario) ni en actos de sucesión, universal o particular entre vivos, como son las que se producen en los supuestos de modificaciones estructurales de personas jurídicas que regula la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles o el capítulo IV del Título I del Libro tercero del Código civil de Cataluña. Así, se diferencia de los casos resueltos, para el caso de transmisión a terceros, resueltos por la resolución JUS 1785/2018, de 20 de julio, respecto del certificado de aptitud⁶, y la resolución JUS 2823/2017, de 1 de diciembre⁷ en relación al Libro del Edificio, exigido también por el Decreto 67/2015. En el mismo sentido de innecesariedad de aportación del certificado de gastos de la comunidad en casos de disolución de condominio se pronuncia la Dirección General de Registros y Notariado en resolución de 2 de febrero de 2012 (fundamento de derecho segundo), que se basa más en la utilidad de la medida que en la naturaleza jurídica de la transmisión operada, al igual que la Dirección General de Dret en la JUS 2560/2010, de 28 de junio (fundamento de derecho 3.3), dictada en un caso de aportación a sociedad. En resumen, no cabe exigir los requisitos impuestos por el artículo 15 del Decreto 67/2015, de 5 de mayo en las transmisiones entre comuneros.

NOTAS

¹ Ver Boletín SERC núm. 180, noviembre-diciembre de 2015, 21 a 26.

² Ver Boletín SERC núm. 183, julio-agosto-septiembre, 32 a 35.

³ Sentencia núm. 34/2010 de 10 de septiembre. *RJ* 2011, 2458, MP: Enrique ANGLADA FORS.

⁴ Sentencia núm. 217/2011 de 31 de marzo. *RJ* 2011, 3137, MP: Encarnación ROCA TRÍAS, reiterada en la sentencia núm. 615/2018 de 7 de noviembre. *RJ* 2018, 4748, fundamento de Derecho tercero, MP: Eduardo BAENA RUIZ.

⁵ Así, resolución *JUS* 2348/2017, de 22 de septiembre, en cuanto a Derecho Urbanístico. *Vid.* Boletín SERC número 189, septiembre-octubre de 2017; 25 a 30.

⁶ Ver Boletín SERC número 194, julio-agosto de 2018, 45 a 48.

⁷ Ver Boletín SERC, número 190, noviembre-diciembre de 2017, 144 a 150.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La modificación de la orientación sexual de los padres y el interés superior de los menores

The sexual orientation of parents and the best interest of the child

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Debe tomarse como principio básico el *superior interés de los hijos* para declarar que la reanudación de la relación materno filial con la madre no custodia es una exigencia acorde con las necesidades de los niños para superar el traumatismo *psicológico* que están viviendo originado por la modificación de la *orientación sexual de la madre no gestante*. Tras la ruptura matrimonial y la existencia de conflictividad entre las dos exesposas debe nombrarse un *coordinador parental* que facilite una relación personal positiva entre ambas, imprescindible para el ejercicio de una coparentalidad responsable en beneficio de los hijos.

ABSTRACT: It must be taken as a basic principle the superior interest of children to declare that the resumption of the mother-child relationship with the other mother without custody is a requirement according to the needs of children to overcome the psychological trauma that are living caused by the modification of the sexual orientation of the non-pregnant mother. After the marriage breakdown and the existence of conflict between the two ex-wives, a parental coordinator should be appointed to facilitate a positive personal relationship between both, essential for the exercise of a responsible co-parenting for the benefit of the children.

PALABRAS CLAVE: Orientación sexual. Padres. Menores. Interés superior. Derecho de relaciones personales.

KEY WORDS: Sexual orientation. Parents. Minors. Higher interest. Right of personal relationships.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008.—III. CAMBIO DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EXPAREJA Y EN LOS MENORES.—IV. LAS VACILACIONES INICIALES EN LA JURISPRUDENCIA.—V. RECHAZO DE LOS MENORES AL MANTENIMIENTO DE RELACIONES PERSONALES CON LA PROGENITORA NO CUSTODIA.—VI. LA IMPORTANCIA DEL TERAPEUTA EN ESTOS SUPUESTOS.—VII. LA FIGURA DEL COORDINADOR PARENTAL.—VIII. CONCLUSIÓN.—IX. BIBLIOGRAFÍA.—X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XI. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN

Tras la introducción del matrimonio homosexual en España en el año 2005 y los avances médicos en los supuestos de fecundación *in vitro*, se posibilita la creación de familias donde los padres pueden aportar su material genético, o no, para poder procrear.

En el caso que vamos a estudiar¹ la familia está compuesta por dos madres, una gestante y la otra portadora de sus óvulos que fueron fecundados e implantados en la gestante, de lo cual nacieron dos menores. Estamos ante un *matrimonio homosexual femenino*.

Tras la disolución por divorcio del matrimonio homosexual la sentencia de primera instancia atribuye la *guarda y custodia* de los hijos menores a la madre gestante y establece un *régimen de visitas progresivo y controlado* en el Punto de Encuentro Familiar con la madre no gestante, que recordemos es la donante de los óvulos implantados tras su fecundación en la primera. La necesidad de acudir al PEF se debe a la existencia de conflictividad entre ambas madres, pues incluso no hay comunicación entre ellas.

Posteriormente, la madre donante de óvulos no gestante solicita ampliar sus visitas con los menores y el establecimiento de medidas para su garantía.

Tras esta situación la madre no custodia inicia una nueva relación, pero de carácter heterosexual. De manera que a los problemas que tienen que afrontar los menores (originados por la ruptura familiar) se suma el del cambio de orientación sexual de una de sus madres y la introducción de un tercero (de otro sexo) con consecuencias psicológicas en los menores.

En virtud del principio del *favor filii*, negar el derecho de visitas implica probar su inconveniencia para el menor. Es un derecho-deber subordinado al interés del menor que puede ser suspendido o limitado cuando las circunstancias lo aconsejen o se incumplieren los deberes impuestos por la resolución judicial donde quede demostrado el perjuicio evidente y grave para la educación, el cuidado, el desarrollo físico y mental y la estabilidad emocional del menor. (STS de 21 de julio de 1993)².

Y, ese, es el problema en el que vamos a detenernos.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 22 DE DICIEMBRE DE 2008

Relacionada con esta cuestión, debemos tener en cuenta la sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de diciembre de 2008, publicada 11 años antes de la sentencia objeto de comentario y que sigue la misma línea marcada por el Alto Tribunal.

En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo promovido por un padre transexual por vulneración de su derecho a no ser discriminado por razón de su orientación sexual contra las sentencias de instancia y de apelación que restringieron el régimen de visitas a su hijo inicialmente acordado.

La restricción del régimen de visitas al menor inicialmente concedido se acordó *no por la disforia de género del progenitor*, pues este no constituye el verdadero motivo de la decisión judicial de restringir el régimen de visitas adoptada en procedimiento de modificación de medidas definitivas sino que se justifica, atendiendo al interés prevalente del menor, y con base en la prueba pericial psicológica, *en el riesgo relevante de repercusión negativa para el desarrollo personal del niño que supone la situación de inestabilidad emocional por la que atraviesa el padre*.

El supuesto de hecho de dicha sentencia se origina en la ruptura de un matrimonio heterosexual con un hijo donde se acuerda en el convenio la concesión de la patria potestad del hijo común menor de edad a ambos cónyuges y la custodia a la madre con un régimen de visitas al padre. Pero posteriormente se solicita a través de la acción de modificación de medidas la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación del padre aduciendo su desinterés por el menor al no abonar la pensión alimenticia, salvo en contadas ocasiones; y, el hecho de que el padre se estaba sometiendo a un *tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y vestía habitualmente como una mujer* con la intención de continuar con el tratamiento hormonal y completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica.

El menor contaba con 6 años de edad. El informe pericial emitido por la psicóloga designada judicialmente indica que no estima idóneo que el progenitor realice un régimen de visitas amplio con el menor, *debido a su inestabilidad emocional, pero no a la condición de transexual del progenitor*. La perito recomendó un régimen de visitas paulatino y según criterio de los profesionales del Punto de Encuentro, al menos hasta que el progenitor sufriera una intervención quirúrgica y se encontrara en plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el menor requiere. Criterios que fueron acatados por el juzgador que sentenció la restricción del régimen de visitas y que no suponía una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trataba es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor, a fin de que, progresivamente, se adaptase a la nueva situación sin cambios bruscos.

En apelación el padre alegó que se estaba vulnerando el principio de discriminación por razón de sexo, al entender que la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado estaba determinado por su transexualidad. Recurso de apelación que fue desestimado.

El progenitor recurrió en amparo, estimando que había sido en realidad su condición de transexual femenino la que había determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que suponía la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de orientación sexual, reconocido en el artículo 14 CE.

El Fiscal apoyó el amparo y la infracción de la prohibición constitucional de no discriminación porque entendió que ambas sentencias se apoyaban para su decisión, en el informe pericial psicológico practicado en las actuaciones, no proporcionando *ese dictamen la justificación objetiva y razonable que sería deseada*, desligada de la nueva orientación sexual del padre, ya que la referencia a la inestabilidad emocional de este no se relaciona causalmente con el menor y *tampoco se argumentaba de qué manera ello estaba provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el hijo para justificar una severa restricción del régimen de visitas*.

Pocas han sido las sentencias que desde 2008 han tenido parecido supuesto de hecho, y hoy no hay duda de que el interés del menor es el principio fundamental que sirve de guía en las relaciones familiares. Y según indicó ya la STC «el interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de este. En estos casos *nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada*».

Juicio de ponderación de los intereses del hijo menor que debió de sentir una gran confusión al ver cómo su padre se transformaba en otra persona de distinto género con una identidad sexual diferente a la que hasta ese momento había poseído, *estando en juego la integridad psíquica, emocional, afectiva del hijo menor*.

La sentencia concluye indicando que el hecho de que el progenitor no custodio esté inmerso en un proceso para cambiar su sexo de varón por el de mujer es una circunstancia muy especial que aconseja la modificación —suspensión o limitación— del régimen de visitas establecido en su día por resolución judicial... siendo aconsejable la limitación de los derechos del progenitor; del régimen de visitas —no total, no absoluto, pero sí parcial.

Resulta claro que la restricción del régimen de visitas no se produce como resultado de la transexualidad del progenitor, sino de la situación de inestabilidad emocional por la que este atraviesa, pues no cabe duda que un cambio de sexo comporta una serie de transformaciones tanto a nivel físico cuanto psíquico, lo cual es innegable y puede, efectivamente, repercutir en la estabilidad emocional y afectiva del hijo menor dada, además, su edad —seis años cuando se produjo la exploración judicial— y la etapa evolutiva en la que se encontraba.

III. CAMBIO DE ORIENTACIÓN SEXUAL Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EXPAREJA Y EN LOS MENORES

Volviendo a la sentencia objeto de comentario, la modificación producida con el cambio de orientación de una de las exesposas va a tener consecuencias y, evidentemente, no solo va a influir en la situación entre las exesposas, sino también, y lo que más nos interesa estudiar son los efectos que se van a producir en relación con los hijos.

Realmente se producen *dos rupturas de carácter consecutivo* como son, por un lado, la ruptura familiar y el grado de conflictividad entre las madres con el

pertinente cambio de vida de los menores que viven con una madre que tiene su guarda y custodia, pero para ver a la otra y que pueda ejercer sus derechos de comunicación y visita se tienen que realizar en el Punto de Encuentro Familiar. Y, por otro, una segunda ruptura originada por el cambio de orientación de la madre no custodia y la introducción relativa en sus vidas *de un tercero de otro sexo que convive con la madre no custodia*.

La propia sentencia de la Audiencia de Barcelona señala que el cambio de orientación sexual «produce un traumatismo emocional para la propia persona que toma esta decisión y genera en la otra parte un sentimiento de angustia y frustración al ver traicionados los compromisos sobre los que se había edificado la relación de pareja y, de alguna forma, al ver defraudadas sus expectativas vitales».

IV. LAS VACILACIONES INICIALES EN LA JURISPRUDENCIA

En la misma línea de la sentencia objeto de comentario, se halla el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, 6 de junio de 2007, que emitió una resolución que privó de la custodia de sus dos hijas a una madre por su condición homosexual³.

Tras la ruptura de un matrimonio heterosexual con dos hijas menores, cada progenitor solicita su custodia exclusiva. Tras doce años de matrimonio, el marido *descubre que su esposa mantiene una relación sentimental con otra persona de su mismo sexo*, quien hasta la fecha había sido considerada por él como una mera amistad de su mujer. Hecho que provocó la ruptura de la relación matrimonial. A la vista de estos hechos, el juez, no dando crédito al informe de la psicóloga e imposibilitado legalmente para acordar la guarda conjunta, atribuye la custodia exclusiva de las dos menores al padre de las mismas.

Se trata de un auto de Primera Instancia en cuyos fundamentos la autoridad judicial se plantea como interrogantes «¿Por qué la condición homosexual perjudica a los hijos? Pues, en definitiva, y como decía el demandado, porque los hijos tienen derecho a un padre y a una madre, no a dos madres o a dos padres. Los más prestigiosos especialistas así lo determinan. No hace falta siquiera para ello ser especialista: el sentido común (que a veces es el menos común de los sentidos) así lo dice. El hombre y la mujer son complementarios entre sí. Dos mujeres o dos hombres, no». Valoraciones que a nuestro juicio están fuera de lugar, debiendo el juzgador remitirse a las pruebas de los servicios psicosociales que valoren la influencia negativa en los menores, si la hubiera... como se argumenta posteriormente...

Continúa diciendo que «No se trata de que los menores presencien un acto sexual o que vean que su progenitor se tumba en la misma cama a dormir con otra persona del mismo sexo como si de dos hermanas se tratara, o que la condición homosexual no influya en una dejación de funciones parentales. Influye, y mucho. Es el ambiente homosexual el que perjudica a los menores, y que aumenta sensiblemente el riesgo de que estos también lo sean. Los hijos menores tienen derecho a una protección integral (art. 39 CE), y el artículo 154 del Código civil comprende entre los deberes de los padres el de procurar a sus hijos una formación integral. Esa formación integral es imposible que se la dé un progenitor homosexual, por mucho respeto que me merezcan las personas homosexuales, pero aquí prevalece el interés del menor. El Convenio Europeo sobre Derechos del Niño de 1989 obliga a los Estados Parte a tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación

o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares. Toda persona mayor de edad es capaz de autodeterminarse libremente, pero los hijos menores de edad tienen también sus derechos, y en el conflicto prevalecen estos. No en vano le han traído al mundo y deben hacer de él una persona feliz, de modo que el día de mañana pueda elegir libremente, y no de forma condicionada».

No obstante afirma que entra en la causa de divorcio «... no porque civilmente la actora no sea libre (que lo es, evidentemente) de tener las relaciones que quiera y con quien quiera, sino *por la influencia que esa relación pudiera tener en las menores*. También un progenitor es libre de cambiar su residencia a donde tuviere por conveniente (art. 19 CE), pero si eso perjudica a los menores pierde la custodia».

En el fallo del auto se acuerda por el Juez... «que *la orientación homosexual de uno de los progenitores sí influye negativamente en la educación y crecimiento armónico de las hijas, me veo en la obligación de atribuir al padre la custodia de Elena y Paula*. ...En esta fase inicial, sin perjuicio del resultado de la vista principal, *se considera suficientemente acreditado el perjuicio para las hijas que se deriva de la relación que la madre mantiene con una tercera persona*, y que lógicamente no se limita a un hecho aislado (lo sucedido en el domicilio familiar en noviembre pasado) ya que se mantiene en el tiempo, yendo los fines de semana al domicilio de esa tercera persona con las hijas. La madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja».

V. RECHAZO DE LOS MENORES AL MANTENIMIENTO DE RELACIONES PERSONALES CON LA PROGENITORA NO CUSTODIA

El régimen de visitas en la sentencia objeto de comentario principal, se desarrolló durante el primer año *post ruptura* de forma favorable. El posterior rechazo de la hija a seguir relacionándose con la madre no gestante es consecuencia de su rechazo a la existencia de una segunda madre y a querer tener un padre y, con ello, una familia de las habituales como tienen las niñas de su colegio.

Si bien esta reacción de una niña de ocho años de edad a su propia realidad y a su propia historia personal es razonable, la sentencia establece que se debe favorecer la comprensión por los menores de lo que es un *devenir natural de las relaciones humanas, aunque no coincida con la normalidad de las situaciones de su entorno*.

Se indica en la sentencia que las visitas en el punto de encuentro inicialmente se cumplieron con un cierto grado de normalidad, pero que *han venido deteriorándose hasta el punto de haberse interrumpido de forma absoluta en los últimos meses*. En el propio recurso ante la Audiencia se imputa a la madre la manipulación psicológica de los hijos, especialmente de la niña, que se niega en rotundo a cualquier tipo de relación con la madre B).

Una de las prioridades de los menores teniendo en cuenta el principio de su interés personal es tener en cuenta su edad de los menores y la importancia de sus progenitores (en este caso las madres) para el correcto desarrollo de su personalidad base fundamental de su proyección futura. De ahí que sea importante la reanudación de la relación materno-filial con la madre no custodia.

Y para ello debe trabajarse, por un lado, en hacer desaparecer la conflictividad existente entre ambas producida tras la ruptura y por otro lado, sanar el impacto que dicho enfrentamiento ha producido en los menores con los terapeutas adecua-

dos. Sin olvidar lo que la propia sentencia denomina como una «constante en la problemática forense de este tipo de rupturas de matrimonios y uniones afectivas homosexuales, cual es que una de las personas que conforman la pareja modifica *a posteriori* su orientación sexual y opta por constituir una nueva pareja heterosexual, lo que produce ciertamente un traumatismo emocional para la propia persona que toma esta decisión, y que genera en la otra parte un sentimiento de angustia y frustración al ver traicionados los compromisos sobre los que se había edificado la relación de pareja y, de alguna forma, defraudadas sus expectativas vitales».

A esta situación hay que añadir, que «en casos similares la psicología especializada pone de manifiesto que *ambas partes necesitan un proceso de terapia personal para la aceptación de los hechos y de las nuevas circunstancias*».

La reacción de la menor se produce frente a su propia realidad y a su propia historia personal al no habersele prestado la atención ni el afecto necesario por parte de sus dos madres de forma coordinada.

Indica la sentencia que «desde las instancias públicas se debe favorecer la comprensión por los menores de lo que es un devenir natural de las relaciones humanas, aun cuando no se coincida con la normalidad de las situaciones de su entorno...» puesto que «lo que produce el rechazo en los niños es la forma en la que perciben estas situaciones y las sensaciones que les transmiten las personas que, por ser responsables de sus actos y opciones vitales, están obligadas a favorecer la comprensión del hecho diferencial a sus hijos y a procurarles el entorno afectivo necesario para que desarrollen su propia personalidad sin mayores problemas, traumas ni tensiones».

Por todo ello, debe favorecerse la normalización de la relación entre los dos hijos y la madre no custodia y, ambas madres, deben de forma conjunta, racionalizar su relación personal imprescindible para ejercitar una *coparentalidad responsable en beneficio de los hijos*.

VI. LA IMPORTANCIA DEL TERAPEUTA EN ESTOS SUPUESTOS

El caso que nos ocupa no es nuevo, tenemos jurisprudencia que ya ha tratado el tema y se ha enfrentado a los problemas que para los menores suponen los cambios de orientación sexual de sus progenitores.

La SAP de Sevilla de 28 de diciembre de 2012⁴, recoge el supuesto de una menor nacida en Suiza y que recibió psicoterapia allí, cuyo padre es transexual y su actividad consiste en ser acompañante de lujo, resolución que modifica el régimen de visitas (suspendiéndolo que no suprimiéndolo) establecido inicialmente consecuencia del perjuicio que puede causar en la menor «pues su mantenimiento puede afectar negativamente al normal y equilibrado desarrollo psicológico, afectivo y emocional».

En el propio informe psicológico de la menor se indica que, cuando el padre anuncia su visita mensual, la menor, ya adolescente, se vuelve insegura, ansiosa, confusa y angustiada, y se recomienda, que hasta que no alcance madurez y recursos propios para defenderse adecuadamente, no mantener el régimen de visitas con su progenitor paterno... la menor no tiene por qué soportar la turbación que su padre le ocasiona, ni compartir los periodos vacacionales con la actual pareja del mismo, también transexual, como tampoco asumir el riesgo de una alteración de su salud emocional y del desarrollo de su personalidad, en atención a su edad y a la etapa evolutiva en que se halla, que derive de los problemas personales que pueda padecer su padre...».

En la SAP de Les Illes Balears, de 16 de septiembre de 2008⁵, se analiza un supuesto en el que tras la ruptura matrimonial, y el padecimiento por parte de la madre de un trastorno psiquiátrico, y el cambio de orientación sexual prácticamente de un día para el otro, se persigue por el padre un cambio en la guardia y custodia de los menores tras el intento de suicidio de la madre.

El Juzgador entendió que «no ha observado desarreglos emocionales calificables como enfermedad mental aguda o crónica en la madre... no percibiendo un trastorno mental que avale una repetición del episodio (se refiere al intento de suicidio) que fue de carácter leve y destinado a llamar la atención de la nueva pareja sentimental de aquella». Del informe pericial psiquiátrico y médico forense se desprende la capacidad de la madre para ejercer el rol materno tal y como lo ha venido desempeñando desde siempre; y si bien es cierto que de dicho informe se deriva también la posibilidad de que la guarda y custodia se asignara al padre por hallarse también capacitado para tal desempeño, se desprende la conveniencia de dar continuismo a la madre en tal asignación.

En resumen el «trastorno adaptativo con síntomas emocionales mixtos», no aparece como una enfermedad mental que aconseje la modificación del régimen de guarda y custodia asignado a la madre, y, los acontecimientos vividos carecen de entidad bastante para alterar la situación de guarda y custodia preestablecida.

VII. LA FIGURA DEL COORDINADOR PARENTAL

La Audiencia de Barcelona en la sentencia objeto de comentario dispone que las litigantes procedan a designar a un coordinador de parentalidad de la lista del Colegio de Psicólogos de Cataluña, el cual debe reunir las condiciones de *mediador especialista en psicología infantil y en coordinación de parentalidad*.

La *función* de dicho coordinador será la de facilitar el necesario soporte previo para la elaboración de un *plan de parentalidad* que permita actuar en beneficio de los hijos. Esta intervención debe ser paralela al *tratamiento terapéutico* de los menores y a la *reanudación de las relaciones materno-filiales* con la madre no custodia con carácter inmediato en el Punto de Encuentro Familiar.

La figura del *coordinador parental* ha surgido en los últimos tiempos como especialista mediador y terapeuta que acerca las posiciones de las partes en los casos de alta conflictividad de las relaciones familiares surgidas tras la ruptura familiar.

La jurisprudencia catalana la hace surgir tras la existencia en su Código civil catalán, de dos artículos, el 233-13 y el 236-3 basándose en la necesaria supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo y en la intervención judicial.

Tras la ruptura el juez debe velar por la consecución y el mantenimiento del interés superior del menor, y uno de los momentos en que puede quebrar el mismo se centra en el mantenimiento de las relaciones personales entre menor y progenitor no custodio, o con su hermanos, o abuelos, familiares, incluso con aquellas personas allegadas y próximas, siempre pensando en que esas relaciones garanticen el desarrollo del menor, su estabilidad y sobre todo su seguridad emocional.

Defensa judicial que se acentúa en aquellas situaciones de «riesgo social o peligro». En tales casos la autoridad judicial contará con el auxilio de los servicios sociales y de la red de Puntos de Encuentro Familiar. Adopción de medidas que

puede dirigir a fin de limitar incluso las facultades de progenitores que causen perjuicio personal y/o patrimonial a sus hijos.

La Audiencia aclara en el supuesto objeto de comentario que «las intervenciones del Coordinador de Parentalidad y del Punto de Encuentro son esencialmente dinámicas, transitorias y su misión es la de recomponer unas relaciones parentales que necesitan de un especial tratamiento e intervención, según el grado de deterioro que se haya alcanzado».

Una vez que se pone en marcha el mecanismo de protección de los servicios sociales, es el propio coordinador de parentalidad quien tiene la misión de informar del grado de cumplimiento de lo establecido en la resolución judicial centrado primordialmente en el restablecimiento de las visitas en el plazo de dos meses con la progenitora no custodia. Y, si todo se reanuda con normalidad, que las relaciones personales se acentúen un poco más, instaurándose las pernoctas, y gradualmente ir incorporando la posibilidad de pasar la mitad de las vacaciones con la progenitora no custodia (semana santa y navidad, y quince días en el verano)...

No obstante dado el clima de conflictividad existente, los acuerdos deben ser graduales en el tiempo siempre pensando en el interés de los menores. Los primeros acuerdos tomados por el juez, y teniendo en cuenta que las responsabilidades derivadas de la patria potestad no se han modificado y se mantienen de forma conjunta, se centran en que la progenitora custodia deberá llevar a cabo «1) el seguimiento de la atención médica y de salud de los menores, incluida la elección de la cobertura médica y sanitaria, así como el seguimiento del proceso terapéutico (en curso) a los menores; en dicho proceso deberá participar la madre no custodia a la que se le impone la obligación de asistir a las sesiones a las que la referida psicóloga la convoque, con la finalidad de facilitar la recuperación de la relación de la misma con los menores; 2) las decisiones sobre la escolarización, incluida la elección de colegio, si bien deberá informar a la apelante de las decisiones adoptadas y requerirá del centro para que la dirección del mismo, las personas que lleven las tutorías y profesorado de los menores, convoquen a la señora Maribel, en su condición de madre, para informarla de la evolución escolar de los niños».

En este sentido se ha tenido en cuenta la jurisprudencia menor catalana, sobre todo la SAP de Barcelona de 17 de septiembre de 2015⁶ que claramente señala las funciones y forma de actuar del coordinador de parentalidad, de quien indica que cuenta «con facultades expresas delegadas por la autoridad judicial para entrevistarse con los progenitores y con los menores, así como para recabar informes de los servicios sociales y centros de enseñanza en el que sigan su formación los hijos, con la colaboración necesaria de los abogados de ambas partes y de los técnicos del Punto de Encuentro que han intervenido en el seguimiento de las visitas. Corresponderá al coordinador de parentalidad la programación de medidas de soporte a todos los miembros de la familia tendentes a normalizar las relaciones paterno-filiales, con el fin de dar protección a los referidos hijos menores».

VIII. CONCLUSIÓN

El cambio de orientación sexual de uno de los progenitores, independientemente de que se parta de un matrimonio o pareja de hecho heterosexual u homosexual, o incluso estemos hablando de un proceso de transexualidad, y el

mantenimiento de relaciones de uno de ellos con un tercero supone una *ruptura* con influencia psicológica en los menores que tienen que «asimilar» no solo el indicado *cambio de orientación del progenitor* (custodio o no custodio pero con derecho de comunicación personal con el menor), sino también la introducción en sus vidas de *un tercero de otro sexo*.

En 2008 el Tribunal Constitucional indicó que la restricción del régimen de visitas en un supuesto de transexualidad del progenitor, no se debe a dicho cambio sino a la situación de inestabilidad emocional por la que este atraviesa, derivadas de las transformaciones tanto a nivel físico como psíquico, lo cual puede repercutir en la estabilidad emocional y afectiva del menor (por su edad y la etapa evolutiva en la que se encuentra).

Posteriormente se ha acentuado la línea jurisprudencial que considera que *la orientación sexual de uno de los progenitores sí influye negativamente en la educación y crecimiento armónico de las hijas, y... se considera suficientemente acreditado el perjuicio para el menor* (auto de 2008).

Se produce un traumatismo emocional para la propia persona que toma la decisión del cambio, y que a su vez genera en la otra parte un sentimiento de angustia y frustración al ver traicionados los compromisos sobre los que se había edificado su relación de pareja y, un fraude en sus expectativas vitales. Resulta conveniente *un proceso de terapia personal para la aceptación de los hechos y de las nuevas circunstancias, en ambas partes*.

Y en cuanto a los menores, realmente el rechazo se produce la forma en la que perciben estas situaciones y las sensaciones que les transmiten sus progenitores y su entorno. Estos al ser responsables de sus actos y opciones vitales, están obligados a favorecer la comprensión del hecho diferencial a sus hijos y a procurarles el entorno afectivo necesario para que desarrollen su propia personalidad sin mayores problemas, traumas ni tensiones.

Si en el auto de 2008 se indicaba que «La madre tendrá que elegir entre sus hijas o la nueva pareja». La evolución jurisprudencial consecuencia de la evolución social en este tema, se centra no solo en los adultos... sino también en los menores y en la necesidad de aceptación de la nueva situación y comprensión de los sentimientos de sus progenitores entre ellos y respecto a los terceros... Menores que deben asumir el *devenir natural de las relaciones humanas, aunque no coincida con la normalidad de las situaciones de su entorno*.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ROMERO COLOMA, A.M.^a: Transexualidad del progenitor y derecho de visitas. *Diario La Ley*, núm. 7471, Sección Tribuna, 20 de septiembre de 2010, Año XXXI, Ref. D-276, Editorial La Ley. Abogados de Familia, núm. 58, Sección Tribuna Abierta, Cuarto trimestre de 2010, Editorial La Ley. La Ley 3990/2010.

X. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TC, TS Y AP) CITADAS POR ORDEN CRO- NOLÓGICO

- Tribunal Constitucional, Sala Primera, sentencia 176/2008 de 22 de diciembre de 2008, Rec. 4595/2005. (La Ley 198334/2008).

- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 841/2018 de 3 de septiembre de 2018, Rec. 812/2017. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 126128/2018). ECLI: ES:APB:2018:8369
- Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 598/2015 de 17 de septiembre de 2015, Rec. 655/2015. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. (La Ley 156415/2015) ECLI: ES:APB:2015:8746
- Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, sentencia 533/2012 de 28 de diciembre de 2012, Rec. 5886/201. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. (La Ley 257405/2012). ECLI: ES:APSE:2012:4382
- Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, sentencia 351/2008 de 16 de septiembre de 2008, Rec. 23/2008. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. (La Ley 257883/2008)
- Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, 6 de junio de 2007, Proc. 655/2007.

XI. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo sobre Derechos del Niño de 1989
- Constitución Española. Artículo 39 del Código civil
- Código civil. Artículo 154 del Código civil
- Código civil catalán, de dos artículos, el 233-13 y el 236-3

NOTAS

¹ SAP de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 841/2018 de 3 de septiembre de 2018, Rec. 812/2017. Ponente: José Pascual ORTUÑO MUÑOZ. (La Ley 126128/2018). ECLI: ES:APB:2018:8369.

² Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia de 21 de julio de 1993, Rec. 3467/1990. Ponente: Antonio GULLÓN BALLESTEROS. (La Ley 13311/1993).

³ Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Murcia, 6 de junio de 2007, Proc. 655/2007.

⁴ Audiencia Provincial de Sevilla, Sección 2ª, sentencia 533/2012 de 28 de diciembre de 2012, Rec. 5886/201. Ponente: Manuel Damián ÁLVAREZ GARCÍA. La Ley 257405/2012. ECLI: ES:APSE:2012:4382.

⁵ SAP de Les Illes Balears, Sección 4ª, sentencia 351/2008 de 16 de septiembre de 2008, Rec. 23/2008. Ponente: Miguel Álvaro ARTOLA FERNÁNDEZ. La ley 257883/2008.

⁶ Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12ª, sentencia 598/2015 de 17 de septiembre de 2015, Rec. 655/2015. Ponente: Vicente Ataúlfo BALLESTA BERNAL. (La Ley 156415/2015) ECLI: ES:APB:2015:8746.

1.2. Familia

La extinción del derecho de uso de la vivienda familiar, en especial, por convivencia marital del usuario con otra persona

The termination of the right to use family housing, especially by marital cohabitation of the user with another person

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil. UCM

RESUMEN: El presente estudio se va a centrar en el análisis de las diferentes causas de extinción de una medida de contenido económico como es la atribución del uso de la vivienda familiar, en especial, por la convivencia marital del cónyuge usuario y custodio de los hijos/as menores de edad con un tercero tras la doctrina jurisprudencial establecida por la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 que, completa la regulación del artículo 96 del Código civil ante la falta de mención normativa expresa.

ABSTRACT: *The present study is going to centre on the analysis of the different reasons of extinction of a measure of economic content since it is attribution of the use of the familiar housing especially for the marital conviviality of the spouse user and guardian of the minor children with a third party after the doctrine of jurisprudence established by the judgment of the Supreme Court of November 20, 2018 that completes the regulation of the article 96 of Civil Code before the lack of normative express mention.*

PALABRAS CLAVES: Vivienda familiar. Derecho de uso. Hijos menores de edad. Cónyuge usuario. Convivencia marital. Tercero conviviente. Cónyuge titular no usuario. Pensión compensatoria. Pensión de alimentos.

KEY WORDS: *Familiar housing. Right of use. Children minors. Spouse user. Marital conviviality. Compensatory pension. Pension alimony.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.—III. EL INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—IV. LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LA CONVIVENCIA MARITAL DEL USUARIO CON UN TERCERO: 1. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN GENERAL. 2. LA CONVIVENCIA

MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La vivienda familiar constituye para la mayoría de la doctrina y jurisprudencia el lugar donde habitualmente se desarrolla la convivencia de la familia. La edificación habitable que, satisface su necesidad permanente de vivienda o de habitación¹ es el lugar, donde la familia desarrolla sus actividades ordinarias, y que le proporciona no solo cobijo, sino además seguridad o intimidad. Nuestro legislador no ofrece ninguna conceptualización de la vivienda familiar, sino que esa labor se deja a la doctrina y la jurisprudencia. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 16 de diciembre de 1996² define la vivienda familiar como «el reducto donde se asienta y desarrolla la persona física, como refugio elemental que sirve a la satisfacción de sus necesidades primarias (descanso, aseo, alimentación, vestido, etc.) y protección de su intimidad (privacidad), al tiempo que cuando existen hijos es también auxilio indispensable para el amparo y educación de estos. De ahí que, las normas que sobre el uso de la vivienda familiar contiene el Código civil en relación con el matrimonio y su crisis se proyectan más allá de su estricto ámbito a situaciones como la convivencia prolongada de un hombre y una mujer como pareja ya que las razones que abonan y justifican aquella valen también en este último caso».

Por su parte, el artículo 40 del Código civil perfila un concepto de domicilio como lugar de residencia habitual de las personas naturales, y el domicilio conyugal como la sede jurídica de ambos cónyuges, el lugar donde se localiza el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones derivadas del matrimonio fijado por ambos cónyuges de común acuerdo y en caso de discrepancia por el juez (art. 70 CC)³. En todo caso, ha de tratarse de vivienda familiar en el que actualmente vive la familia, con vocación de permanencia, además de constituir el lugar de residencia habitual⁴.

En todo caso, la vivienda familiar puede ser ocupada en virtud de un título de propiedad, de un derecho real que atribuya su uso —por ejemplo, usufructo—, de un derecho personal de uso, como puede ser un contrato de arrendamiento, o en fin, en virtud de la atribución de un uso como consecuencia de un proceso de nulidad, separación o divorcio.

En cuanto a la determinación subjetiva de aplicación de la especial normativa que el Código civil dedica a la vivienda familiar en los artículos 96 y 1320 del Código civil hemos de decir que, corresponde a la familia matrimonial⁵. En este contexto, no obstante, se ha planteado la posible aplicación analógica de la normativa contenida en el Código civil (arts. 96 y 1320) a las parejas no casadas que no han previsto pactos en relación con su ruptura y vivienda familiar. Aunque la tendencia mayoritaria se orienta a la no aplicación de la normativa protectora de la vivienda familiar a las parejas de hecho⁶. Sin embargo, un sector de la doctrina y jurisprudencia ha considerado posible la aplicación analógica del artículo 96 del Código civil cuando existen hijos comunes, con base al principio de igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales (arts. 108 CC y 14 de la Constitución Española)⁷. De no existir descendencia común, el criterio, no obstante, ha sido desestimar la *analogía legis* «dada la falta de identidad de razón entre el matrimonio y las uniones de hecho que

permitan dicha extensión normativa»⁸; si bien, no se descarta el recurso a la *analogía iuris*, siempre que exista un perjuicio y un desequilibrio en la situación del demandante respecto del otro conviviente cuando cesa la convivencia en comparación con la situación existente antes de la ruptura que, como tal justifique la atribución de uso de la vivienda como medida compensatoria por ser el interés más digno de protección⁹.

Ahora bien, en el ámbito del derecho de familia, determinados derechos patrimoniales pueden ser objeto de valoración económica. Precisamente, en la situación de crisis matrimonial o de pareja la atribución del uso de la vivienda familiar tiene un indudable contenido económico, así el cónyuge usuario se ve enriquecido patrimonialmente, a la par que, el cónyuge titular no usuario se empobrece y al que, sin duda sería posible procurarle una compensación económica por tal pérdida patrimonial durante un tiempo, a veces indeterminado, bien mediante compensación directa¹⁰ o bien de forma indirecta a través de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos¹¹ y la pensión compensatoria¹². Ahora bien, la atribución del uso puede ser objeto de modificación o de extinción como tal.

El presente estudio se va a centrar, precisamente, en las diferentes causas por las que se puede extinguir la medida del uso de la vivienda, y, en concreto, por la convivencia marital del usuario con una tercera persona establecida como tal por la sentencia del Tribunal Supremo, Pleno de la Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2018¹³, que representa una importante novedad jurisprudencial, si partimos de la falta de mención expresa como tal causa de extinción en el artículo 96 del Código civil. Lo que, contrasta con la sí existente referencia normativa, precisamente, en relación con otra medida también de contenido económico como es la pensión compensatoria. Así en el artículo 101.1 del citado cuerpo legal se dispone como causa de extinción de aquella pensión la convivencia marital del beneficiario de la pensión con otra persona¹⁴ o, incluso, se puede añadir el matrimonio de este con un tercero como así se ha constatado jurisprudencialmente¹⁵.

De todas formas, en relación con la atribución del uso de la vivienda se ha planteado la necesidad de conciliar los intereses del titular o cotitular de la vivienda —para evitar «una suerte de expropiación»— y la atribución del uso. Lo que ha determinado la posibilidad de plantear una compensación económica por la pérdida temporal o vitalicia del uso de la vivienda al cónyuge titular ante la atribución al otro cónyuge e hijos y ahora tal exigencia se ha trasladado al supuesto planteado y resuelto por nuestro Tribunal Supremo en relación con la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona.

En este contexto, antes de proceder al análisis de las diferentes causas de extinción de la medida que representa la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges, y en particular la reseñada como novedad, nos parece oportuno, teniendo en cuenta la importancia del interés superior de los hijos menores no emancipados y el carácter familiar de la vivienda habitual y su eventual pérdida en determinadas circunstancias, referirnos en primer lugar, a la naturaleza jurídica que, tiene el derecho de uso que se atribuye al usuario donde se tiende a optar por su carácter familiar, para luego centrarnos en los criterios que han de ponderarse por el órgano judicial para determinar la atribución del uso de la vivienda cuando hay hijos menores de edad, entre los que hay que destacar el *favor filii*, frente a la pérdida de tal principio y por ende, del interés superior como criterio central de atribución cuando se trata de hijos mayores de edad. De esta forma a la hora de acometer las diferentes causas de extinción de tal

derecho, habremos previamente concretado las bases sobre la que se sustenta la medida y el contexto en que se sustancia y opera, lo que nos va a permitir estar en condiciones para argumentar y concretar mejor los diferentes supuestos que van a determinar, en su caso, su extinción. Una medida como la atribución del uso de la vivienda que, no olvidemos puede haber sido fijada en convenio regulador¹⁶ o mediante sentencia judicial y no exenta de controversia, máxime cuando el cónyuge no usuario se puede ver abocado a una cierta penuria económica teniendo en cuenta el encarecimiento de la vivienda en alquiler como en propiedad, a lo que hay que añadir que, habitualmente, la vivienda familiar está hipotecada, con la consiguiente exigencia del pago de la cuota correspondiente del préstamo o crédito hipotecario. De todas formas, una mayor flexibilidad y margen de actuación tienen los cónyuges cuando la medida de atribución del uso se acuerda en convenio regulador homologado judicialmente —en el que se puede establecer, por ejemplo, una limitación temporal aun existiendo hijos menores¹⁷— que, en sentencia acordada tras un proceso contencioso de nulidad, separación o divorcio.

II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO.

Con relación a esta cuestión, hay quienes defienden su naturaleza *derecho real*, destacan su carácter *erga omnes* y su acceso al Registro de la Propiedad. Así, MANZANO FERNÁNDEZ señala que es «un verdadero derecho real inmobiliario en cuanto modifica, desde luego, las facultades de dominio sobre un bien inmueble (arts. 2 de la LH y 7 del RH)»¹⁸. Frente a esta tesis, hay autores que abogan por su naturaleza personal. MARTÍN MELÉNDEZ manifiesta al respecto que «este derecho sea un derecho personal se ve corroborado por la exigencia de consentimiento del no titular o, en su defecto, de autorización judicial, para que el titular pueda realizar actos de disposición sobre la vivienda, según dispone el artículo 96.4 del Código civil»¹⁹.

Ahora bien, no faltan posturas intermedias que, como O'CALLAGHAN MUÑOZ condicionan la naturaleza jurídica del uso atribuido judicialmente al que tuviera el derecho de ocupación inicial de los cónyuges sobre la vivienda familiar. Así «será real siempre que la titularidad sobre la vivienda lo fuera; si no hay titularidad no nacerá derecho de ocupación alguna; y, de ser personal, se dará una cesión»²⁰; o ELLORIAGA BONIS que ve en la institución rasgos propios tanto de los derechos personales como de los reales. Respecto de los primeros, destaca su temporalidad, y la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda asignada en uso a uno de ellos; de los segundos, su oponibilidad *erga omnes* y, acceso al Registro de la Propiedad²¹.

Otros, por su parte, lo consideran una medida asistencial dedicada, como precisa SALAZAR BORT, a proteger el especial interés que sobre la vivienda pueden tener los hijos en cuanto es necesario el mantenimiento de su entorno social para garantizar el normal desarrollo de su personalidad, pese al trauma que supone la separación o el divorcio de los padres²².

Finalmente, hay autores que, optan por calificarlo derecho *sui generis*. Así, DÍEZ-PICAZO afirma que, estamos ante «una situación jurídica original»²³; o, nos encontramos ante la destrucción de una situación de coposesión que pasa a ser, una vez, atribuido el uso, un supuesto de posesión exclusiva de uno de los sujetos coposedores, sin que ello suponga derecho de crédito o real alguno, como precisa ROCA TRIAS²⁴; o como señala CUENA CASAS «negar al derecho

de uso la consideración de derecho real cuando el tribunal resuelve un supuesto en el que los cónyuges poseen el inmueble por virtud de un derecho personal y afirmarla cuando uno o ambos son propietarios del inmueble, no le parece en absoluto contradictorio». No obstante, le resulta criticable «negar que se trata de un derecho real y luego aplicar las consecuencias derivadas de su consideración como derecho oponible *erga omnes*, incluso aunque no haya accedido al Registro de la Propiedad cuando el adquirente lo conocía»²⁵. En fin, no faltan quienes lo califican de derecho de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda familiar²⁶, a lo que se añade por algún autor su indudable contenido patrimonial. Así ORDÁS ALONSO comparte la calificación de un derecho de uso como derecho familiar, si bien cree que el mismo tiene un indudable carácter patrimonial. En este sentido, señala que «como defendiera LACRUZ BERDEJO se resiste a una conceptualización clara, a una inclusión en las categorías habituales de derechos, tiene connotaciones tanto reales como personales, por ello habrá que acudir al recurso del *sui generis*, precisamente por su naturaleza familiar que hace más nebulosa cualquier ulterior posición». A lo que añade que se trata de un derecho *sui generis* «cuyo contenido se encuentra integrado por dos aspectos: un derecho ocupacional que no abarca la integridad de facultades dominicales propias del *ius utendi*, sino tan solo la posibilidad de utilización material de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal. Facultad de uso que no legitima la posibilidad que el cónyuge a quien se le atribuye el uso pueda ceder a título oneroso temporal la facultad de uso, es decir no ampara el arriendo de la vivienda. Por otro lado, supone una limitación de disponer que implica que el titular dominical de la vivienda no podrá disponer de ella sin el asentimiento del titular del derecho de uso o, en su caso, autorización judicial»²⁷.

Este debate tiene reflejo, igualmente, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de las Audiencias Provinciales, y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992²⁸ señala que «debe configurarse como un derecho oponible a terceros que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad y en estos términos constituye una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quiénes sean sus posteriores titulares». Por su parte, la sentencia de este mismo Alto Tribunal de 22 de abril de 2004 manifiesta que, el derecho de uso de la vivienda familiar es oponible frente a terceros²⁹. En esta línea, la resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999 lo califica como derecho real que produce efectos *erga omnes*, por lo que debe tener acceso al Registro de la Propiedad³⁰.

Por el contrario, consideran que no constituye derecho real, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 29 de abril de 1994³¹, sino una forma de contribución *in natura* al levantamiento de las cargas del matrimonio; o, como un *ius ad rem*, con accesibilidad al Registro de la Propiedad, tal como señala la sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2004³²; o en, fin le otorgan una naturaleza «*sui generis*», aunque reconociendo su posibilidad de acceder al Registro de la Propiedad y por ello mismo, ser oponible a terceros³³, o destacan su naturaleza de derecho personal³⁴ o su carácter asistencial³⁵, o, para mayor confusión, un derecho de constitución judicial o con el valor decisión judicial oponible *erga omnes*, aunque no generadora de un derecho real³⁶. Por su parte, la resolución de la DGRN de 25 de octubre de 1999³⁷ manifiesta que, sin necesidad de entrar en si tal uso o disfrute es o no un derecho real, en todo caso, constituye una limitación de las facultades dispositivas del cónyuge

propietario que produce efectos *erga omnes*; y, en esta línea, las resoluciones de este mismo órgano, de 20 de febrero de 2004³⁸, de 19 de enero de y 20 de octubre de 2016, y de 27 de diciembre de 2017³⁹ y 11 de enero de 2018⁴⁰ consideran que, el derecho de uso de la vivienda familiar no es propiamente un derecho real, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda. También, en esta línea, se ha orientado la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1.^a, de 14 de enero de 2009⁴¹ que, califica el derecho de uso de la vivienda familiar concedido mediante sentencia no como un derecho real, sino un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde en todo caso al cónyuge a quien se atribuye la custodia o aquel que se estima, no habiendo hijos, que ostenta el interés más necesitado de protección, que, desde un punto de vista patrimonial no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro cónyuge, lo cual se cifra en la necesidad de obtener el consentimiento del cónyuge titular del derecho de uso. Esta limitación es oponible a terceros e inscribible en el Registro de la Propiedad.

Coincidimos con la posición de aquellos que, consideran que, el derecho de uso tiene naturaleza distinta en función precisamente del título que, previamente los cónyuges ostentan sobre la vivienda. Es cierto que, cuando estos poseen por virtud de un derecho personal, no es posible gravar una propiedad ajena con una carga al margen de la voluntad del propietario del inmueble (por ejemplo, arrendamiento, precario). De manera que, el derecho de uso ha de seguir la misma suerte que el derecho sobre el que recae, por lo que se extingue cuando lo hace este. Pero tal forma de proceder no implica negar la naturaleza de derecho real de este derecho de uso, cuando la titularidad sobre la que se funda tiene también esa naturaleza. Por lo que, es factible su condición de derecho personal o derecho real en función de la también posible doble naturaleza del título por el que previamente la familia ocupaba la vivienda. En consecuencia, el derecho de uso atribuido al cónyuge titular será oponible a terceros en la medida que, también lo sea el derecho que, le sirve de base. Si bien, tal derecho de uso además, de tener eficacia *erga omnes*, podrá ser inscribible.

Ahora bien, existe una base común en las diferentes posiciones doctrinales expuestas que, estamos ante un derecho oponible *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad⁴² y, por tanto, produce eficacia real, salvo en el caso que la vivienda familiar sea propiedad de un tercero, en cuyo caso, esta eficacia real es relativa, pues, los derechos dominicales no pueden verse afectados por tal atribución del uso al permanecer inmutables. De este modo, el derecho de uso subsiste cuando la vivienda familiar se enajene a un tercero, siempre y cuando el derecho de uso haya sido anotado en el Registro de la Propiedad con anterioridad, pues, la atribución judicial constituye título legítimo que, justifica el uso incluso frente a los propietarios que traigan causa del cónyuge titular⁴³. Igualmente, resulta oponible el derecho de uso no inscrito frente a los terceros de mala fe, no así frente a los de buena fe en caso de subasta judicial de la finca, donde el adjudicatario del inmueble en subasta adquiere la finca sin que le afecte el uso concedido a tercero e hijos en sentencia de divorcio⁴⁴. También resulta no oponible al adjudicatario del bien tras la enajenación de este en pública subasta cuando la vivienda privativa del otro ya estaba hipotecada antes de la atribución del uso⁴⁵; o cuando el cónyuge usuario compareció para consentir la hipoteca sobre la vivienda privativa del otro⁴⁶.

III. INTERÉS DEL MENOR Y LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

Si hay hijos menores, este caso, la Ley prescinde del criterio de titularidad, pues, resulta irrelevante qué cónyuge sea el propietario del inmueble. Puede ser de titularidad privativa o ganancial o pertenecer a ambos en régimen de comunidad ordinaria o por cuotas (art. 392 CC). Lo prioritario es la protección de los hijos; de ahí la importancia del principio de *favor filii*, principio recogido en Tratados y Resoluciones de organizaciones internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989; la Resolución A 3-01722/1992 del Parlamento Europeo sobre la Carta de los Derechos del Niño; y, asimismo, contenida en nuestro texto constitucional artículo 39.2, y, en numerosos preceptos del Código civil (arts. 92, 93, 103, 110, 142.2, 154, 159, 170)⁴⁷.

Por tanto, el interés familiar que se tiene en cuenta, a los efectos de decidir la atribución del uso a uno de los cónyuges, es el de los hijos menores de edad, por entender que, es el más necesitado de protección. De este modo, el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge en cuya compañía queden (art. 96.1 CC), de forma taxativa sin admitir ninguna limitación temporal⁴⁸. Si los hijos son encomendados al cónyuge titular no se plantean problemas, al recaer sobre la misma persona el uso y la titularidad de la vivienda y, en consecuencia, ningún derecho emerge⁴⁹; ahora bien, si el beneficiario del uso no es el titular, o lo es en régimen de copropiedad, el fundamento de la privación del uso al cónyuge titular/propietario se encuentra en el especial cumplimiento de los deberes que, a él le corresponde respecto de sus hijos ya que la separación, nulidad y divorcio no exime a los padres de sus obligaciones para con ellos (art. 92.1 CC), como la relativa a facilitarles habitación y, además que esta siga desarrollándose en una vivienda determinada, que hasta ahora es la que constituía la vivienda familiar⁵⁰. Lo que no impide que, la vivienda que cubra las necesidades de alojamiento del hijo menor, pueda ser otra distinta de la vivienda familiar, como hemos indicado, pues, lo que se protege es el interés del menor a vivir en una digna que, satisfaga todas sus necesidades⁵¹.

Ahora bien, procede señalar que, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma del mencionado artículo 96.1 cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial, y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación⁵²; y, otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios⁵³; solución que, requiere que, la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233.20 del Código civil catalán, que establece que, en caso de otras residencias idóneas para satisfacer el interés prevalente del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (también en cierta forma el artículo 81.1 del Código Foral aragonés)⁵⁴. Sin duda el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que, tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores, y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también

con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad emocional del menor; y que, a la postre va a condicionar el mantenimiento de un *status* sino similar al que disfrutaba hasta ese momento, y esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que, proporciona la vivienda familiar o en otra similar que, no tenga tal condición pero que cubra las necesidades de habitación del menor; sino también con dar una respuesta adecuada a los problemas económicos que, resultan de la separación o del divorcio y que, afectan directamente a los padres, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores, como a los alimentos presentes y futuros. La situación del grupo familiar no es la misma antes o después de la separación o el divorcio, especialmente en las economías con menos recursos, donde los ingresos económicos se dividen, y, particularmente, tiene especial incidencia cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio o cuando se impide la normal disposición del patrimonio privativo —si tiene tal carácter la vivienda familiar— o del patrimonio ganancial —si por el contrario, tal vivienda tiene tal naturaleza—, impidiendo una cobertura económica mayor; no solo a favor de los hijos sino de los propios padres que, han contribuido a crear un patrimonio común afectado tras la separación por una situación real de incertidumbre. De ahí que, no se considere contrario a la norma del artículo 96.1 el que se pueda excepcionar su rigor en los casos señalados, o en algunos casos, interpretaciones temporales limitadoras, si está asegurada la necesidad habitacional del menor. En esta línea, ORDÁS ALONSO, acertadamente señala que, «el artículo 96.1 incorpora al ordenamiento jurídico español una mera presunción *iuris tantum*, que el interés más necesitado de protección es el interés del menor» por lo que estima que «es posible que a la luz de las circunstancias concurrentes, tal presunción ceda ante la prueba de la existencia de otro interés más necesitado de protección que el ordenamiento jurídico otorga». En síntesis, concluye «el interés de los hijos debe quedar subsumido dentro del interés familiar más necesitado de protección al que el artículo 103 del Código civil alude, de modo que es perfectamente posible, ponderando las circunstancias concurrentes, y respetando el derecho de los menores a una vivienda digna en que vivir, prescindir de la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos por tiempo indefinido, atribuir el uso de una segunda residencia, proceder a la venta del inmueble, etc».⁵⁵ Una suerte de flexibilidad en la aplicación del artículo 96.1, que suaviza el rigor de la norma, la imperatividad en su adopción por parte de nuestro Alto Tribunal sin admitir interpretaciones limitadoras y, posibilita tener en cuenta otros intereses en juego, sin perder por ello el carácter preferente del uso de la vivienda que se atribuye al cónyuge custodio y siempre que, se cubran las necesidades habitacionales de los hijos menores⁵⁶. En todo caso, la tesis mayoritaria es que el titular del derecho de uso es el cónyuge custodio y los hijos menores los beneficiarios⁵⁷.

Ahora bien, el artículo 96.2 prevé la posibilidad de que la custodia de los hijos se reparta entre ambos cónyuges (custodia repartida), esto es, que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando a cada progenitor se otorga la guarda y custodia de uno de los hijos. Si bien, el legislador no establece ningún criterio que, permita objetivamente atribuir el uso de la vivienda a uno u otro cónyuge, por lo que en este supuesto, por expresa previsión legal, la decisión queda encomendada al arbitrio judicial, esto es, al criterio razonable e imparcial del juez. El criterio del «interés más necesitado de protección» no se presume a favor de los hijos menores, sino que deberá acreditarse en cada caso, en cuanto no sirve

para resolver el conflicto. Así, se ha estimado como parámetros que, permitan la concesión del uso de la vivienda a un determinado grupo familiar, y resolver las posibles situaciones de conflicto que, se planteen, entre otros: la situación y las posibilidades económicas del grupo familiar, ya que resulta evidente que, el que tenga la situación más precaria, tendrá más dificultades para hacer frente a las necesidades de una vivienda; asimismo, el número de hijos que, integran cada uno de los grupos familiares; el estado de salud de los progenitores y, en su caso, el de los hijos; posibilidades de acceso a una vivienda por cada grupo familiar; y, en fin, la edad de los hijos⁵⁸.

En este contexto, si no queda acreditado un interés especial de protección en ambos grupos familiares, es perfectamente factible que, si la vivienda familiar es privativa, se mantenga esta en poder y posesión del cónyuge titular, evitando la posibilidad de atribución del uso⁵⁹. Por ende, si la vivienda es de titularidad común, el uso es compartido, por lo que se puede optar por no otorgar a ningún grupo familiar el uso de la vivienda⁶⁰, o dividirla —si es posible su división material—⁶¹, o, simplemente atribuir el uso de forma temporal y rotatoria o forma alternativa a cada grupo familiar⁶².

Respecto a esta posibilidad que en la vivienda vivan hijos de relaciones diferentes —familias reconstruidas—. Señala la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de octubre de 2017⁶³ que *«el artículo 96 del Código civil no contempla la situación familiar que deriva del interés de dos hijas de madres diferentes por mantenerse en la misma casa, que es además propiedad de los padres de uno de ellos, lo que pone en evidencia una vez más la necesidad de un cambio legislativo que, se adapte a estas nuevas realidades. La aplicación analógica que ha hecho la sentencia, incardinando la medida de uso en el párrafo 2.º y no en el 1.º del artículo 96 es correcta: solo en el caso de pluralidad de hijos y custodia dividida se concede normativamente al juez la decisión de atribuir el uso de la vivienda familiar a uno y otro progenitor en la que ha existido una convivencia estable»*. En esta línea, la sentencia del citado Alto Tribunal, de 14 de febrero de 2018⁶⁴ respecto de la que nos encontramos con que el recurrido tiene dos hijas menores de edad de una relación anterior, de las que ostenta la custodia exclusiva y al tiempo tiene un hijo con la ahora recurrente. Por tanto, no cabe una aplicación automática del artículo 96 del Código civil, a favor de la recurrente, pues si bien es cierto que, tiene un hijo en común con el Sr. Simón, también lo es que este tiene otras dos hijas menores bajo su custodia, unido a que la vivienda cuestionada es propiedad exclusiva del Sr. Simón y gravada con una hipoteca cuyo importe de amortización mensual asciende a 550 euros, por lo que, considerando igualmente que, los ingresos mensuales del demandado ascienden al importe aproximado de 1500 euros mensuales con prorrata de pagas extras, el uso de la vivienda le es imprescindible para garantizar el cuidado y la manutención de otras dos hijas menores a su cargo, habida de una anterior relación y sobre las que ejerce la custodia en exclusiva en virtud de sentencia judicial de fecha de 23 de noviembre de 2012. En definitiva, la convivencia del padre con las dos hijas menores también determina la procedente aplicación de la previsión contenida en el párrafo primero del artículo 96 del Código civil. En cuanto a la propuesta de «convivencia compartida» de la actora con las hijas del demandado, resulta absolutamente inviable, ya que, en primer término no mantiene relación de parentesco con estas menores que, pueda justificar, por su parte, el ejercicio ordinario de unas funciones de guarda que, le han sido atribuidas a su padre y sobre todo por el manifiesto deterioro de las relaciones personales de la actora con el demandado y sus dos hijas. En consecuencia, teniendo en consideración la

limitada capacidad económica del obligado al pago de los alimentos y las cargas familiares, se ha evaluado con ponderación y corrección cual es el interés más necesitado de protección, por lo que se atribuye al padre el uso de la vivienda.

En este contexto, respecto a la atribución del uso de la vivienda en caso de custodia compartida, hay que señalar que, el Código civil no introduce reglas especiales de atribución en caso de guarda y custodia compartida⁶⁵, tampoco la Ley Foral navarra 3/2011, de 17 de marzo, regula esta cuestión. Las posibilidades, en consecuencia, son: a) Que los hijos permanezcan en la vivienda y sean los padres los que se desplacen en los periodos establecidos —conocido como vivienda-nido—. En este supuesto, la vivienda se atribuye a los hijos y al progenitor que, en cada momento los tenga en guarda y custodia⁶⁶; b) Que sean los hijos los que cambien de domicilio. De forma que, para la atribución de la vivienda resulta lógico que, se atienda al interés del cónyuge más necesitado de protección, valorando entre otros factores que, disponga de otra vivienda el otro progenitor, apoyos familiares, situación económica de cada uno de los progenitores, estado de salud, etc. (art. 96.1 CC)⁶⁷; o se atribuye de forma conjunta a ambos con un posible uso alternativo⁶⁸; o, en caso de ser la vivienda ganancial o pertenecer a ambos cónyuges en propiedad común, o ser privativa de uno de los cónyuges o pertenecer a un tercero se aplica analógicamente lo previsto en el párrafo segundo del artículo 96 que, regula el supuesto ya analizado que existan varios hijos y unos queden bajo la custodia de un progenitor y otros en la del otro, resolviendo el juez lo que estime precedente. Si bien ello le obliga a una labor de ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores, en primer lugar, al interés más necesitado de protección que no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres; y, en segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero. En ambos casos, con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso⁶⁹; c) Que no se realice atribución a ninguno de los progenitores ni a los hijos⁷⁰; o d) Se atribuye al cónyuge más necesitado de protección⁷¹ con limitación temporal, en su caso. Tal temporalidad en la atribución es la regla general en la custodia compartida⁷². En todo caso, la falta de regulación en relación con esta medida y la guarda y custodia compartida contrasta con la existente en las legislaciones autonómicas que, incluso proponen una atribución temporal con posible prórroga⁷³.

Ahora bien, la atribución del uso al hijo mayor de edad con capacidad sujeta a patria potestad prorrogada o rehabilitada se opta por equipararlos en este aspecto a los menores de edad, porque su interés también resulta el más necesitado de protección, por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código civil, que no distingue entre menores e incapacitados. Tal interpretación tiene su base legal en la necesidad de protección a los discapacitados acordada en la Convención Internacional de los Derechos de las personas con discapacidad y en la Ley 26/2011, de 1 de agosto⁷⁴.

En cuanto al hijo mayor de edad discapacitado—con discapacidad reconocida—, a diferencia de lo que sucede con la prestación de alimentos que, se equiparan a los hijos menores de edad, en relación con la atribución del uso de la vivienda se excluye tal equiparación. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de enero de 2017⁷⁵, pues, no los considera como «interés más necesitado de protección».

IV. LA EXTINCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR: LA CONVIVENCIA MARITAL DEL USUARIO CON UN TERCERO

1. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO EN GENERAL

Desde un punto de vista objetivo, la destrucción total o la ruina de la vivienda familiar puede dar lugar a la extinción del derecho de uso; si bien, cabe que no puede determinar proceda la misma si la destrucción es parcial y siempre que sirva a las necesidades habitacionales del cónyuge usuario y custodio y los hijos menores; si deja de ser apta para tal fin, tal circunstancia puede determinar la extinción del uso⁷⁶. Desde un punto de vista subjetivo el fallecimiento del titular o beneficiario del uso puede, asimismo, implicar la extinción del uso por tratarse de un derecho personalísimo⁷⁷.

Por otra parte, se ha planteado la posible limitación temporal del uso de la vivienda ante el riesgo que se corre de «expropiar» al propietario o copropietario de su uso o disponibilidad, sin que exista defensa para este⁷⁸. Lo cierto es que, el artículo 96 del Código civil no establece la temporalidad del uso sobre la vivienda más que en el párrafo tercero cuando se trata de inexistencia de hijos (menores) y se atribuye la vivienda al cónyuge no titular⁷⁹. Si bien, tal ausencia de mención en el párrafo primero del citado artículo 96, no permite pensar que el derecho de uso es indefinido, sino más bien que, no es precisa la fijación de un plazo de duración por el juez o por los cónyuges en el convenio regulador. En todo caso, la duración del derecho de uso está en función del estado de necesidad —interés más necesitado de protección— que, le ha servido de fundamento. Asimismo, este derecho de uso no se extingue al llegar los hijos a la mayoría de edad al poder subsistir el deber de alimentos, siendo la vivienda una de las partidas cubiertas por el mismo (art. 142 CC). Ello plantea la cuestión de si es posible limitar la duración del uso a un plazo determinado durante la minoría de edad de los hijos, o cuando estos alcanzan la mayoría de edad o en cualquier otra circunstancia. Sobre este particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo, en sentencia de 14 de abril de 2011⁸⁰, considerando que, cuando existen hijos menores conviviendo en el domicilio familiar no es posible establecer *a priori* ninguna limitación temporal. Asimismo, la sentencia de este mismo Tribunal de 16 de junio de 2014 señala que «*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil*»⁸¹. Si bien, no faltan pronunciamientos a favor de la limitación temporal de la medida, fijando un plazo de duración concreto —uno, dos, tres, cinco años—⁸², o, simplemente, hasta la mayoría de edad de los hijos⁸³, o cuando estos alcancen independencia económica⁸⁴, o cumplan cierta edad⁸⁵, e, incluso, se opta por fijar como criterio temporal la liquidación de la sociedad de gananciales⁸⁶ o la venta de la vivienda familiar, o, cuando al cónyuge usuario se le conceda o se le adjudique otra vivienda⁸⁷, sobre el razonamiento que, la atribución preferente que, sanciona el artículo 96.1 del Código civil, no puede condicionar la indefinida privación al cónyuge no beneficiario del conjunto de las facultades dominicales que, en principio reconoce el artículo 348 del citado cuerpo legal, ya sea en orden a la ocupación futura de la vivienda, ya a los fines de lograr en un plazo razonable la efectiva, que no meramente formal o nominal, venta del patrimonio privativo o en su caso, de la venta o liquidación del patrimonio común de tener tal condición la vivienda familiar; o en fin, a la división de la

cosa común. También se puede establecer una limitación del uso durante un periodo concreto, transcurrido el cual se procede al uso alternativo de la vivienda hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, la venta o la división de la cosa común⁸⁸. De todas formas, como hemos señalado, respecto de los hijos mayores de edad, se suele optar mayoritariamente por su limitación temporal, si bien, se tiene en cuenta entre otros criterios, su independencia económica, su edad⁸⁹. Asimismo, se opta por la temporalidad en el caso de hijos mayores de edad discapacitados⁹⁰ o de menores de edad en la modalidad de custodia compartida⁹¹ pues, se entiende que, la limitación temporal del derecho de uso no es más que una manifestación de la naturaleza de este derecho y no puede prorrogarse de forma indefinida al entrar en colisión el derecho del beneficiario con los legítimos derechos dominicales que, corresponde al otro consorte sobre el inmueble —sea la titularidad exclusiva o compartida con su cónyuge—, no solo en cuanto a su eventual uso, sino también en lo relativo a su disposición; o, en fin, en caso de ausencia de hijos⁹². En todo caso, la temporalidad en el uso se aplica tanto en caso de vivienda privativa de uno de los cónyuges como en el caso de titularidad compartida, con el objeto de evitar que las facultades dominicales del cónyuge no beneficiario del derecho queden frustradas⁹³.

Además de la temporalidad, otra causa de extinción del uso de la vivienda familiar puede derivar de la situación de precario en que se encuentra el cónyuge usuario. Así, puede darse el caso que, la vivienda sea propiedad de un tercero —habitualmente los progenitores del cónyuge no usuario, o de otra persona distinta—, por lo que salvo que se pruebe que la vivienda es ocupada por tolerancia o liberalidad de sus propietarios, ajenos al núcleo familiar, se entiende de forma mayoritaria que, estamos ante un supuesto de precario y en consecuencia, ostenta la condición de precarista el cónyuge al que se atribuye el uso. En estos casos, los propietarios pueden recuperar la vivienda mediante el ejercicio de la acción de desahucio por precario, al estar legitimados por la inexistencia de un contrato con el ocupante de la misma y, además, porque el derecho de uso no permite reconocer a quienes ocupan la vivienda una protección posesoria más vigorosa que la que corresponde al titular de la vivienda⁹⁴. A tal fin, y para evitar un perjuicio para los hijos menores y en su interés, se puede atribuir judicialmente el uso de otra vivienda, siempre que esta sea adecuada y satisfaga las necesidades de habitación de los hijos⁹⁵.

Asimismo, la división de la cosa común puede determinar o no la extinción del uso. Así, cabe plantearse diversas situaciones. Por un lado, si la vivienda pertenece en proindiviso a ambos cónyuges, subsiste el derecho de uso de la vivienda, aun cuando tal derecho no se haya inscrito en el Registro de la Propiedad, y aunque se venda la vivienda en pública subasta, salvo que tal uso se modifique por voluntad de los interesados o mediante resolución judicial en un procedimiento de modificación de medidas⁹⁶. Por otro lado, si la cotitularidad de la vivienda la tiene el cónyuge no usuario con un tercero, o este con ambos cónyuges en estos casos, si el tercero extraño —cotitular de la vivienda— decide enajenar, gravar o ceder su cuota o ejercitar la acción de división de la cosa común extingue el derecho de uso, pues, aquel no ha sido parte en el procedimiento matrimonial y no resulta vinculado por lo que se decida en él. Lo cierto es que, no se le puede imponer un gravamen como el derecho de uso sin su consentimiento. En consecuencia, juega aquí la regla «resuelto el derecho del concedente, se resuelve el derecho del concedido»⁹⁷. Ante la extinción del derecho de uso, deberá el cónyuge usuario instar un procedimiento de modificación de medidas que, determine la adopción de cualquier otra que, palie tal pérdida.

Ahora bien, si la titularidad es de un tercero con el cónyuge no usuario y este decide ejercitar la acción de división y venta de la vivienda familiar, debe ser calificado este acto de disposición y sujeto al régimen de consentimiento dual del artículo 96.4 del Código civil⁹⁸. Si la cotitularidad es de un tercero y ambos cónyuges, y quien ejercita la acción de división es el cónyuge no usuario no resulta posible imponer el uso al adjudicatario, ni base para que opere el citado artículo 96.4 exigiendo el consentimiento del cónyuge usuario⁹⁹. En fin, si la titularidad es de ambos cónyuges y el cónyuge no usuario ejercita la acción de división, si el cónyuge usuario se allana, y además ha consentido expresamente en convenio la cesación del uso en caso de venta de la vivienda, si esta se adjudica en subasta a un tercero, no cabe oponerle el derecho de uso¹⁰⁰.

También puede tener lugar la extinción del uso por variación de la situación económica y patrimonial del cónyuge usuario¹⁰¹; por cambio de circunstancias de los hijos, por ejemplo, por un cambio en la guarda y custodia, atribuyéndose esta al cónyuge no usuario¹⁰², o porque los hijos alcancen la mayoría de edad e independencia económica¹⁰³; o, en fin, por el no uso de la vivienda, esto es, deje de utilizarse para cubrir las necesidades de alojamiento de la familia, de lo que se deriva una falta de necesidad de ocupación¹⁰⁴. Si bien esta situación de no uso ha de ser con carácter permanente, pues, no determina la extinción del derecho situaciones de no uso transitorias o puntuales¹⁰⁵. Igualmente, la pérdida del carácter familiar, que puede tener lugar por el abandono de la misma al no necesitarla para cubrir las necesidades habitacionales de la familia, o cuando el cónyuge usuario y los hijos se trasladan a otra vivienda en la misma o distinta localidad¹⁰⁶.

Por otra parte, el derecho de uso es inscribible como tal en el Registro de la Propiedad, por lo que tiene eficacia real. De forma que, si está inscrito en el Registro, subsiste el derecho de uso aunque se enajene la vivienda a un tercero¹⁰⁷. Ahora bien, si no está inscrito, no es oponible frente a terceros de buena fe; de ahí que, el adquirente de la vivienda tiene preferencia sobre tal derecho de uso, por lo que este se extingue¹⁰⁸. En caso de ejecución hipotecaria y siendo el uso de constitución posterior, queda el mismo sujeto a devenir del precedente derecho hipotecario —principio de purga registral— por lo que tal ejecución determina la extinción del derecho. También se declara la no oponibilidad de este derecho de uso al adjudicatario del bien en caso de enajenación en pública subasta, cuando siendo la vivienda privativa de uno de los cónyuges y previamente hipotecada, el otro acepta constituir en ella la vivienda familiar, sin que se pueda oponer al efecto que, la esposa no consintió la constitución de la hipoteca sobre la vivienda familiar, ya que se produjo en un momento en que no existía el matrimonio, ni siquiera convivencia y en el que por tanto, todavía no estaba constituida la vivienda familiar¹⁰⁹.

En fin, nos queda por plantear que, sucede cuando tiene lugar el matrimonio o la convivencia marital del usuario con un tercero que, también disfruta del derecho de uso.

2. LA CONVIVENCIA MARITAL COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DEL DERECHO DE USO. A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, PLENO DE LA SALA DE LO CIVIL, DE 20 DE NOVIEMBRE DE 2018

El convenio regulador es un auténtico negocio jurídico de derecho de familia, que tiene carácter contractual que ha de reunir para su validez los requisitos

estructurales establecidos por la ley con carácter general (art. 1261 CC), además del cumplimiento de las formalidades especiales exigidas por la ley con carácter *ad solemnitatem* o *ad substantiam* para determinados actos de disposición. Al suponer un ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes, de la autorregulación de sus intereses, tiene como límite la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC), de manera que, lo pactado por las partes en convenio será válido y vinculante siempre que no contravenga tales límites y, asimismo, como manifestación del libre ejercicio de la facultad de autorregulación de las relaciones privadas no está condicionado en su validez vinculante *inter partes* a la aprobación y homologación judicial¹¹⁰. En este contexto, puede formar parte del contenido del convenio cuestiones susceptibles de libre disposición como las relativas a medidas económicas o patrimoniales —pensión compensatoria, pensión de alimentos o atribución del uso de la vivienda—. Por lo que, respecto a esta última medida es posible en el marco de un convenio regulador se pueda acordar como causa de extinción del derecho de uso el ulterior matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona¹¹¹. De no existir tal pacto, no resulta hasta ahora posible tal extinción pues, no se contiene expresamente como causa de extinción de la medida en el artículo 96 del Código civil y, por ende, a falta de pacto en tal sentido, no puede operar. Ahora bien, si no se ha pactado en convenio regulador que, el matrimonio o la convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona determine la extinción de la atribución del uso de la vivienda, podría, por un lado, si se demuestra que, la presencia de nuevo compañero/a sentimental que, convive maritalmente con el cónyuge es perjudicial para los hijos menores, solicitar una modificación de la medida de guarda y custodia que, puede conllevar la pérdida de tal guarda y custodia por parte del progenitor custodio y su atribución al otro, y, por ende, determinar, asimismo, una modificación en la atribución del uso¹¹²; o, por otro, solicitarse tal extinción también a través de un proceso de modificación de medidas, al entender que, el núcleo familiar a cuyo favor se hizo la atribución del uso, ha quedado alterada en su composición, dando lugar a una nueva unidad familiar, generándose con ello una total desafectación de la vivienda familiar respecto del uso inicialmente pactado y, a favor la originaria unidad familiar monoparental —cónyuge custodio e hijos menores de edad—, siendo indiferente, al respecto que la vivienda pertenezca a ambos cónyuges o únicamente al cónyuge no usuario¹¹³. Ciertamente, el supuesto planteado no es infrecuente en la realidad social española, pues, producida la ruptura de un matrimonio o de una pareja y atribuida judicialmente el uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad y al progenitor custodio, este puede rehacer su vida y comenzar a convivir maritalmente con un tercero en el inmueble que, constituye la vivienda familiar. Consecuencia de ello, la familia monoparental constituida por el progenitor guardador o custodio y los hijos menores de edad confiados a su custodia o guarda forman un nuevo núcleo familiar o lo que se conoce como una nueva familia reconstituida, pues, en ocasiones también se incorporan a esta nueva familia los hijos del nuevo cónyuge o conviviente que este puede tener de una anterior relación, bien de forma permanente porque aquel tiene también atribuida la guarda y custodia, o bien, de forma ocasional, al tener solo un derecho de visitas —fines de semana o periodos vacacionales—; o, incluso, nace hijos de esta nueva relación. En estos casos, cabe plantear qué efectos puede tener sobre el derecho de uso atribuido la circunstancia sobrevinida que, el progenitor o cónyuge usuario y custodio conviva con una tercera persona, determinando una modificación de lo que constituía la familia sobre la que se

concretó el uso, con independencia que la vivienda familiar sea propiedad de ambos cónyuges o, que pertenezcan privativamente al cónyuge no custodio, a lo que se debe añadir el consiguiente aprovechamiento o beneficio por parte de ese tercero del uso de la vivienda, y además el hecho que, el cónyuge no usuario, en la mayoría de los casos, asume el pago de los gastos relativos a la propiedad o hipotecarios en exclusiva, además de los suyos propios, lo que le puede generar importantes problemas económicos, que pueda derivar, incluso, en una situación de penuria económica.

La doctrina y la jurisprudencia no tienen una respuesta unánime, hasta ahora hay que decir, y fruto de ello son las diferentes posturas existentes. Así, para una parte, se entiende que, la respuesta a esta situación es la extinción del derecho de uso por desaparición del núcleo familiar sobre el que se basó la atribución del uso de la vivienda y esta deja de tener el carácter familiar inicial sobre el que se fijó el derecho de uso¹¹⁴; para otra parte, en cambio, tal circunstancia sobrevinida no afecta a la medida de atribución del uso de la vivienda, pues, no altera o modifica la necesidad de vivienda de los hijos en cuyo interés se atribuyó el uso, por lo que la convivencia marital del titular del derecho de uso con un tercero en la vivienda familiar no puede suponer una modificación o extinción del derecho de uso¹¹⁵, lo que no impide que, tal nueva circunstancia convencional permita, sin embargo, sustentar la modificación de otras medidas también de contenido económico como la pensión de alimentos a favor de los hijos o la pensión compensatoria del conviviente con un tercero¹¹⁶, o una compensación económica al cónyuge no usuario por tal convivencia marital¹¹⁷; o en fin, en este contexto, no faltan quienes entienden que, la situación creada se resuelve con la exigencia de una previa liquidación de la sociedad de gananciales en caso de vivienda ganancial, o la división del patrimonio común en caso que, la vivienda pertenezca a ambos cónyuges en *pro indiviso* (art. 400 CC).

De las tres opciones expuestas, nuestro Tribunal Supremo ha optado por la primera, en la sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 2018 pues, en la posible colisión de intereses como el del cónyuge titular o cotitular de la vivienda no usuario, el del cónyuge usuario que ha iniciado una nueva relación y sin obviar el interés superior de los hijos menores de edad que, conviven con el cónyuge usuario, ha considerado que el derecho de uso se extingue cuando este constituye un nuevo núcleo familiar con el tercero con el que convive y perdiendo por ello la vivienda el carácter familiar inicial que, determinó la fijación de tal medida, constituyendo ahora la convivencia marital causa de extinción del derecho de uso¹¹⁸.

Recordemos y así lo hemos reseñado que, ya en su momento manifestó este Alto Tribunal en la sentencia 33/2017 de 19 de enero que, por esta causa se puede reducir el importe de las pensiones alimenticias de los menores y asimismo, nuestro legislador ha previsto como causa de extinción de la pensión compensatoria la convivencia marital con otra persona del beneficiario de tal pensión (art. 101.1 CC). Sin embargo, no se ha pronunciado en ningún momento la Sala de lo Civil sobre la incidencia de esta circunstancia de convivencia marital en el asunto objeto que se trae a resolver, y, se puede decir hasta ahora. De todas formas, en el recurso de casación que, interpone el Ministerio Fiscal, este alegó, por un lado, la jurisprudencia invocada en la sentencia recurrida así las sentencias de 18 de noviembre de 2013 y 23 de enero de 2017, a lo que responde el Tribunal Supremo que, se parte de un supuesto fáctico diferente al enjuiciado, pues atiende al carácter no familiar de la vivienda o a no ser esta domicilio familiar, y, por otro, a la sentencia de 19 de enero de 2017, a lo que, asimismo,

responde el Alto Tribunal que, en esta sentencia no se planteaba sobre el efecto de la presencia de un tercero en el derecho de uso.

Pues bien, en este contexto y, en relación a la atribución del uso de la vivienda nuestro Tribunal Supremo se plantea entre otras cuestiones, si la convivencia estable de un tercero es causa de extinción del uso de la vivienda, para lo cual opta por dar una respuesta afirmativa. Así en esta sentencia del Pleno fija como doctrina jurisprudencial al respecto que: «La introducción de un tercero en la vivienda en manifiesta relación estable de pareja con la progenitora que se benefició del uso por habersele asignado la custodia de los hijos, aspecto que se examina, cambia el estatus del domicilio familiar. No se niega que al amparo del derecho a la libertad personal y al libre desarrollo de la personalidad se puedan establecer nuevas relaciones de pareja con quien se estime conveniente, lo que se cuestiona es que esta libertad se utilice en perjuicio de otros, en este caso del progenitor no custodio. Una nueva relación de pareja, tras la ruptura del matrimonio, tiene evidente influencia en la pensión compensatoria, en el derecho a permanecer en la casa familiar e incluso en el interés de los hijos, desde el momento en que introduce elementos de valoración distintos de los que se tuvieron en cuenta inicialmente y que, en relación a lo que aquí se cuestiona, se deberán tener en cuenta, sin perder de vista ese interés de los hijos, que es el que sirvió de título de atribución del uso, al amparo del artículo 96 del Código civil». Ciertamente, aunque no se impide que, cualquiera de los cónyuges puedan reanudar su vida sentimental con nuevas parejas, esa nueva relación, si tiene lugar en el cónyuge usuario, no puede perjudicar el interés del otro copropietario de la vivienda que, no tiene el uso. Además, con este nuevo elemento, como es la convivencia marital con otra persona del cónyuge usuario determina la modificación de los criterios que sirvieron de base para la concreción de la medida —esto es que se ponderaron por el juez para su adopción— y por ende, la atribución del uso a favor del cónyuge usuario y custodio y a los hijos menores.

Por otra parte, esta Sala de lo Civil considera pertinente advertir una vez más sobre la insuficiencia del artículo 96 del Código civil para resolver este y otros problemas asociados al uso del domicilio familiar y la necesidad de una reforma de su contenido que se adapte a la nueva realidad social —la existencia de familias reconstituidas— y económica del país.

Ahora bien, no debemos olvidar que, tanto en la adopción como en su modificación o extinción de esta medida como en otras, entra en juego la necesidad de proteger a los hijos menores de edad y por tanto tener como criterio preferente el interés superior de aquellos. Precisamente, en relación con el interés superior de los hijos menores de edad, la sentencia del Tribunal Supremo 221/2011, de 1 de abril manifestó que: «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil». De ahí que, se plantea nuestro Alto Tribunal si la extinción del uso vulnera el interés del menor y, por ende contradice el tenor literal del artículo 96.1. A tal fin afirma que: «Sin duda, el interés prevalente del menor es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que puede ser corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino también con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño, y que a la postre van a condicionar el mantenimiento de un *status* si no similar sí parecido al que disfrutaba hasta ese

momento —se pretende ocasionar el menor perjuicio a los menores que va a ser parte protagonista, quieran o no, en la ruptura conyugal de sus progenitores—. Esto se consigue no solo con el hecho de mantenerlos en el mismo ambiente que proporciona la vivienda familiar, sino también con una respuesta adecuada de sus padres a los problemas económicos que resultan de la separación o del divorcio, para hacer frente tanto a los gastos que comporta una doble ubicación de los progenitores —gastos de hipoteca, derivados de la propiedad (impuestos, contribuciones)—, como a los alimentos presentes y futuros —pensión de alimentos—. Nadie duda que, la situación del grupo familiar no va a ser la misma antes que, después de la separación o divorcio, especialmente para aquellas economías familiares más débiles, esto es, con menos recursos, pues son las que más van a sufrir en su situación financiera lo que supone la separación o el divorcio. Particularmente, ello tiene especial manifestación cuando uno de los cónyuges debe abandonar el domicilio familiar con la consiguiente asunción de nuevos gastos relativos a procurarse una vivienda donde habitar, o cuando deja de ser operativa la disposición del patrimonio común por ambos cónyuges, lo que conlleva que la cobertura económica al dividirse, no sea tan mayor como constante matrimonio, lo que afecta no solo a los hijos, sino a los propios padres, pues el patrimonio común que se ha creado, queda afectado tras la separación a una situación de disminución cuantitativa y de real incertidumbre.

Ahora bien, cuando hay hijos comunes y se trata de conciliar los intereses de estos con los de aquel progenitor cotitular o titular único de la vivienda al que se priva del uso cuando se atribuye el uso de la vivienda al otro cónyuge, cotitular o no de la vivienda y que tiene la guarda y custodia de aquellos con carácter indefinido manifestamos en líneas precedentes, que pese a la reticencia en estos casos a la temporalidad de la medida, hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiendo que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor». Asimismo, «la remisión al interés del menor para valorar esta nueva situación exige tener en cuenta los cambios introducidos por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Con esta Ley se desarrolla y refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, algo que no es nuevo, si bien, teniendo en cuenta, entre otras cosas: a) Que este interés no restrinja o limite más derechos que los que ampara; y b) Que las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados, primando, en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, el interés superior del menor sobre cualquier otro que pudiera concurrir».

Por lo que, sobre tales premisas nuestro Alto Tribunal considera que, la solución dada por la Audiencia Provincial en su sentencia —que es objeto de recurso de casación—, no vulnera este interés superior del menor, ni contradice la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en la interpretación del artículo 96 del Código civil entre otras razones: «1. El derecho de uso de la vivienda familiar existe y deja de existir en función de las circunstancias que concurren en el caso. Se confiere y se mantiene en tanto que conserve este ca-

rácter familiar. La vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que aquella en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia (sentencia 726/2013, de 19 de noviembre). En el presente caso, este carácter ha desaparecido, no porque la madre e hijos hayan dejado de vivir en ella, sino por la entrada de un tercero, supone que, la vivienda ha dejado de servir a los fines del matrimonio. Efectivamente, la introducción de una tercera persona hace perder a la vivienda su antigua naturaleza «por servir en su uso a una familia distinta y diferente», como dice la sentencia recurrida. 2. La medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene en favor de su madre. La atribución del uso a los hijos menores y al progenitor custodio se produce para salvaguardar los derechos de aquellos. Pero más allá de que se les proporcione una vivienda que cubra las necesidades de alojamiento en condiciones de dignidad y decoro, no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejó de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad legal de gananciales existente entre ambos progenitores».

Por lo que, concluye el Alto Tribunal que, «el interés de los hijos no puede desvincularse absolutamente del de sus padres, cuando es posible conciliarlos. El interés en abstracto o simplemente especulativo no es suficiente y la misma decisión adoptada en su día por los progenitores para poner fin al matrimonio, la deben tener ahora para actuar en beneficio e interés de sus hijos respecto de la vivienda, una vez que se ha extinguido la medida inicial de uso, y que en el caso se ve favorecida por el carácter ganancial del inmueble y por la posibilidad real de poder seguir ocupándolo si la madre adquiere la mitad o se produce su venta y adquiere otra vivienda»¹¹⁹.

En este contexto, la vivienda sobre la que se establece el uso no es otra que la vivienda en la que convivía la familia constante matrimonio y como se indica en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2013 resulta necesario que los menores se mantengan en el mismo ambiente habitacional y que, constituye vivienda familiar aquella en la que ha convivido la familia con una vocación de permanencia, como que, el interés que se protege no es el de la propiedad de los bienes, sino el derecho que tiene el menor en situación de crisis de pareja (sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 2014). Pues, bien, este mismo Tribunal Supremo en esta resolución de 2018 parte para este supuesto de convivencia marital del cónyuge usuario y custodio con un tercero, de la pérdida del inicial carácter familiar de la vivienda sobre el que se ha establecido la medida de atribución del uso —sustentado en el cónyuge custodio e hijos menores de edad—, entre otros motivos «por servir en su uso a una familia distinta y diferente». De forma que, entre los factores que determinaron la atribución inicial de la medida como era su carácter familiar ha dejado de ser operativo al constituirse un nuevo entorno familiar. Por otra parte, frente al rigor normativo y el carácter taxativo del artículo 96.1 que, solo admite interpretaciones restrictivas siendo el interés del menor el criterio determinante para la atribución del uso a los hijos menores y al cónyuge custodio, no es menos cierto que, de nuevo nuestro Tribunal Supremo, sin perder esa línea jurisprudencial rigorista y de automaticidad en la aplicación del citado artículo 96.1, sin embargo, admite dos factores que lo atenúan. A los efectos que, a nosotros interesa uno de ellos, es el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida y es claro que este caso ha perdido tal carácter como se ha señalado, por una variación de la inicial estructura familiar con la incorporación de un nuevo miembro. Se parte de un

concepto mutable de vivienda familiar, pues, se entiende que, aunque es aquella en la que la familia convivió constante matrimonio y determinó su atribución al cónyuge custodio e hijos, siendo estos beneficiarios directos, esa inicial atribución que descansa sobre una estructura familiar, cuando esta varía por las circunstancias de la convivencia de un tercero, da lugar a una variación en la medida del uso por también haberse modificado la base familiar que la sustentó. Es cierto que, se podría haber establecido otro criterio que rompa ese automatismo del artículo 96.1, sin embargo, se ha optado por tomar como base la familia existente constante matrimonio para la atribución de uso y asimilar con ello atribución de uso con esa «originaria» familia, dando lugar con ello al binomio vivienda familiar-familiar originaria. Por lo que, cuando se rompe tal binomio y, por ende esa asimilación no es posible por la existencia de un nuevo miembro extraño —o de más si este tiene también hijos menores que conviven con él—, ello determina la pérdida del concepto inicial de vivienda familiar sobre la que se adoptó la medida del uso —cónyuge custodio e hijos—, al modificarse cuantitativamente los elementos personales de la familia, ahora sirve también a una familia, que en su composición no viene a ser la misma que la familia originaria y usuaria; se está ante «otra estructura familiar» en la que parte de sus miembros son familia del cónyuge no usuario, y respecto de los que no han variado las demás obligaciones asumidas en la correspondiente sentencia de divorcio. De forma que, tal vivienda no puede servir de domicilio familiar a esta nueva familia «reconstituida». No obstante, en este supuesto, aunque no lo plantee directamente el Tribunal Supremo, nos parece conveniente señalar que, deben los hijos encontrar satisfechas sus necesidades de habitación a través de otros medios. Lo que exige al menos la existencia de una vivienda alternativa que sea adecuada para satisfacer el interés del menor —a tal fin la liquidación de la sociedad de gananciales posibilita que, sea la misma vivienda donde residen, si el cónyuge usuario adquiere la otra mitad o, si se vende, poder adquirir o alquilar otra—.

Enlazando con lo expuesto, aunque pueda pensarse que, esa medida de extinción del uso de la vivienda en caso de convivencia marital del cónyuge usuario y custodio con un tercero por pérdida de su carácter familiar perjudica a los menores al privarles de la que hasta ahora era su vivienda habitual, lo cierto es que, resulta una constante que, solo se considera que hay tal perjuicio, si los hijos menores carecen de otra alternativa habitacional que, cumpla con las mismas exigencias de la vivienda familiar. Ciertamente, aunque resulta difícil, se intenta conciliar por nuestro Alto Tribunal el interés superior de los hijos menores de edad con el interés del progenitor no custodio y no usuario de la vivienda al que se le priva de su uso y que, además, tiene que sufragar los gastos que genera la vivienda —entre otros la hipoteca y los impuestos que gravan la vivienda según consta en los hechos relatados por la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid—, a la vez que de nuevo se intenta «excepcionar» el rigor normativo del artículo 96.1. No hay duda que, el inicial carácter familiar de la vivienda que, determinó la adopción de la medida, descansa en la madre custodia y los hijos menores de edad que, junto con el otro progenitor cotitular de la vivienda y no usuario constituyen el núcleo familiar de referencia tanto constante matrimonio como tras la separación o divorcio, y, precisamente, este núcleo familiar que ha servido de base para confirmar la adopción de la medida del uso de la vivienda, se ha visto alterado o modificado por la existencia de una persona ajena a tal núcleo familiar que, convive con el progenitor custodio y usuario y es una constante jurisprudencial que, la alteración de las circunstancias que determinaron la adopción de una medida han de revestir los presupuestos siguientes: 1. Que haya existido

y se acredite debidamente una modificación o alteración de las circunstancias tenidas en cuenta para su adopción; 2. Que sea sustancial, de tal importancia que haga suponer que de haber existido tales circunstancias en el momento de la separación o el divorcio, se habrían adoptado medidas distintas, al menos en la cuantía si se trata de prestaciones económicas; 3. Que no sea esporádica ni transitoria, sino que presente los caracteres de estabilidad o de permanencia; y, 4. Que la alteración o modificación no haya sido provocada voluntariamente o de propósito para obtener una modificación de las medidas ya adoptadas y sustituidas por otras que resulten más beneficiosas para el solicitante, en esencia, debe tratarse de una alteración objetiva. Por tanto, la razón de ser del proceso de modificación es realizar un juicio comparativo entre dos momentos, el de la sentencia que fija las medidas y el de la demanda, en que se pide su modificación¹²⁰. No cabe duda que, operando sobre los factores indicados, la convivencia marital del cónyuge usuario con otra persona, o su eventual matrimonio puede determinar una necesaria modificación o, por ende, una extinción de la medida por suponer un cambio sustancial de las circunstancias que, determinaron la inicial atribución de la vivienda, tal como sucede en el presente supuesto¹²¹. En todo caso, las necesidades de los hijos no varían ni el régimen de guarda y custodia fijado, por lo que, entre otras, se ha de seguir garantizando sus necesidades habitacionales con una vivienda, si es posible, de similares características. Asimismo, se mantiene la prestación alimenticia a los hijos, pues, no se reduce y, se ofrece la posibilidad que en sede de liquidación de gananciales el 50% de la propiedad de la hasta ahora vivienda familiar, perteneciente al otro cónyuge no usuario, sea adquirida por el cónyuge usuario, o se proceda a la venta de la totalidad de la vivienda y con el precio que se obtenga de ella cada cónyuge adquiera o alquile otra vivienda. Hasta que no tenga lugar tal liquidación, y aun después de tal operación, reiteramos de nuevo, se han de garantizar las necesidades habitacionales de los hijos menores de edad, pues, en el primer caso se mantienen en la vivienda hasta que se practiquen las operaciones liquidatorias de la sociedad conyugal y en el segundo caso, con la adquisición o alquiler de una nueva vivienda que, satisfaga tales necesidades habitacionales de los hijos menores de edad. En esta adquisición de la nueva vivienda puede participar el tercero conviviente o nuevo cónyuge, pues, en esta vivienda se va a desarrollar el nuevo núcleo familiar. Con ello se adapta el artículo 96 del Código civil a las nuevas situaciones familiares, lo que se conoce como familias reconstituidas y también se da solución a la situación de «una suerte de expropiación» de la vivienda familiar al cónyuge no usuario, que puede ser cotitular —como en este caso— o propietario único de la vivienda familiar y se le priva de su uso, a la par que se concilia tal interés con el interés superior de los hijos menores de edad. Esa nueva necesidad habitacional que se ha de proporcionar a los menores, no se descarta que pudiera quizá derivar en una modificación de la pensión de alimentos mediante la exigencia de un aumento de su cuantía, siempre que se pruebe por el cónyuge custodio la necesidad, a la par que una variación esencial de las circunstancias iniciales, todo ello unido al hecho que, la cobertura de las necesidades habitacionales de los hijos menores de edad son uno de los deberes integrantes de la patria potestad y corresponde a ambos.

Lo cierto es que, desde nuestro Tribunal Supremo y con apoyo en lo fijado como doctrina jurisprudencial en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, lo que se considera justo y equitativo para todos los actores —hijos menores, cónyuge usuario y cónyuge cotitular no usuario—, ante la entrada de una tercera persona en el ámbito sentimental de la esposa —titular del derecho de uso— y

materialmente en lo que es la vivienda familiar es que, ante el hecho de perder por ello la vivienda su antigua naturaleza familiar identificada en lo que representa la madre y los hijos menores y servir ahora el uso a otra familia diferente —familia reconstituida—, se proceda a la extinción del uso, con la consiguiente liquidación de la sociedad de gananciales a la que pertenece la vivienda y que el nuevo núcleo familiar se instale en una nueva vivienda o inmueble diferente en la que desarrollen su vida familiar. Nueva vivienda con la que el cotitular no usuario de la primera vivienda no tiene ninguna obligación ni vinculación. Si bien, con el objeto de proteger el interés superior de los menores no se priva a estos y al cónyuge custodio de forma inmediata de la vivienda, pues, previamente se ha de proceder en este caso a la liquidación de la sociedad de gananciales, por lo que el uso se mantendrá en tanto no tenga lugar tal operación liquidatoria, esto es, hasta la sentencia de liquidación de la sociedad de gananciales y posterior adjudicación de bienes, por lo que la efectividad de la extinción del uso se aplaza a tal momento, sin perjuicio de la necesidad de garantizar una vivienda que, cubra las exigencias habitacionales de los hijos menores¹²². No parece descartable, la exigencia conjunta de la extinción del uso y la liquidación de la sociedad de gananciales¹²³. En todo caso, el Tribunal Supremo ya ha fijado como momento temporal para la extinción del uso, la liquidación de la sociedad de gananciales sobre todo cuando hay hijos mayores de edad. Y, lo ha hecho al confirmar el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en la que se dispuso que, la efectividad de la extinción del uso tendría lugar en el momento de la liquidación de la sociedad de gananciales. Un procedimiento liquidatorio que, podría demorarse en el tiempo, siendo contencioso¹²⁴. De todas formas, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Civil y Penal de 16 de marzo de 2018 la resistencia de la esposa a liquidar el patrimonio común tras el divorcio, se considera cambio de las circunstancias y justifica el desalojo de la vivienda¹²⁵. Se podría haber establecido otro momento temporal, pero no lo ha hecho el Tribunal Supremo.

En este contexto, el derecho de uso de la vivienda familiar se atribuye, se mantiene o se modifica atendiendo a las circunstancias que concurren en cada caso, que, pueden suponer una variación de las que sirvieron inicialmente para su atribución, lo que determina una eventual modificación de la medida, como es que se haya perdido el carácter familiar por la existencia de un nuevo núcleo familiar distinto al inicial sobre cuya existencia se determinó la medida. Por lo que, se mantiene y se conserva el uso inicialmente establecido en tanto se mantenga o conserve el carácter familiar de la vivienda.

En cuanto al interés superior del menor ha de valorarse en correlación con los derechos de otras personas que pueden verse afectados —el progenitor no custodio y no usuario— y deben intentarse respetar todos los intereses legítimos concurrentes, y de no ser posible, ha de primar el interés del menor sobre cualquier otro. En todo caso, no se extingue el uso, en tanto no se liquida la sociedad de gananciales. Asimismo, resulta una exigencia necesaria que, los menores tengan resueltas sus necesidades habitacionales con la asignación de otra vivienda, distinta de la familiar que, sirva de igual forma o similar para satisfacer aquellas; lo que puede tener lugar tras la liquidación de la sociedad de gananciales con la adjudicación de la propia vivienda familiar al cónyuge custodio.

Otro de los intereses en juego en este supuesto, es el del cónyuge custodio y usuario al que, como se ha señalado por nuestro Tribunal Supremo, con esta medida de extinción del uso no se afecta a su dignidad como persona o al libre desarrollo de su personalidad, pues, puede tener relaciones de pareja con quien estime oportuno, pues, en este supuesto se opera en un contexto patrimonial y

no personal, pues, no se ha de negar que, un tercero se aprovecha de un uso no atribuido, además de que su presencia puede contribuir a mejorar la situación económica y patrimonial de la familia; y ante legítimos intereses concurrentes, no cabe duda que el del cónyuge no usuario resulta más digno de protección. Ahora bien, la convivencia de un tercero en la vivienda familiar dice el Tribunal Supremo ha de ser «una manifiesta relación estable de pareja», por lo que con ello se exige una cierta convivencia estable y permanente en la vivienda familiar, no una relación esporádica —de fines de semana— y además existente en el tiempo presente, esto es, debe tener existencia real en el momento en que se cuestiona la medida de la atribución del uso¹²⁶. Por tanto, la extinción del uso tendrá lugar si se constata tal situación sentimental.

En todo caso, se opera sobre la cotitularidad de la vivienda familiar y la posibilidad de adquisición de la vivienda por el cónyuge usuario o, ante una venta de la misma, la posibilidad de obtener medios con los que poder adquirir otra vivienda.

En este supuesto, el Tribunal Supremo actúa sobre la atribución del uso de una vivienda ganancial; de ser la vivienda propiedad exclusiva del cónyuge no usuario no habría que liquidar la sociedad de gananciales, por la que la extinción del uso, en principio, operaría de forma automática¹²⁷. De todas formas, en algunas legislaciones autonómicas se establece que, excepcionalmente y aunque existan hijos menores de edad, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al que no tiene la guarda si es el más necesitado de protección y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos. Si bien, solo en este caso, pues, su operatividad se supedita a que se garantice una vivienda adecuada que cubra las necesidades de los hijos menores (art. 233-20.4 CC catalán y art. 12.3 de la Ley 7/2015).

En este contexto, no parece que, genere controversia y, por tanto, será fácilmente admisible que, tal extinción del uso por convivencia marital del cónyuge usuario al que se le atribuyó por ser el más necesitado de protección (art. 96.3) ante la inexistencia de hijos menores de edad, tenga lugar, tanto si la vivienda pertenece en cotitularidad a ambos como si es propiedad exclusiva del cónyuge no usuario, pues se opera sobre la base de intereses dignos de protección en un plano de igualdad¹²⁸.

Ahora bien, si no es posible extinguir el uso, se ha planteado la posibilidad de una compensación por el uso de la vivienda al cónyuge usuario¹²⁹; u operar sobre otra medida como la pensión de alimentos, solicitando su reducción. Esta forma de proceder fue la de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valladolid, número 3, de 17 de abril de 2017, objeto de recurso de apelación, en la que se mantiene la atribución del uso y disfrute del domicilio familiar y se acuerda modificar el importe de la pensión alimenticia que el padre abona a sus hijos, reduciéndose de 500 euros mensuales que se estipuló en la sentencia de divorcio a 400 euros mensuales —doscientos euros mensuales por cada hijo, actualizables anualmente conforme lo establecido en la sentencia de divorcio—.

No obstante, se constata por nuestro Tribunal Supremo y es un clamor en la doctrina la insuficiencia de la redacción del artículo 96 del Código civil para resolver este y otros problemas relacionados con la vivienda familiar y con la medida de atribución del uso, lo que exige una necesaria reforma¹³⁰. Se podría operar como en el Código civil catalán poniendo el énfasis en la necesidad de valorar las circunstancias del caso concreto, y excluir de la atribución del uso de la vivienda familiar a quien siendo beneficiario, tiene medios suficientes para cubrir las necesidades de sus hijos.

De lo que no cabe duda es que, esta nueva línea jurisprudencial sienta doctrina y por ende, jurisprudencia, pues, se trata de una sentencia del Pleno, lo

que vinculará en su proceder a la jurisprudencia menor y, además va a conllevar un incremento notable del trabajo que desarrollan los despachos de abogados de familia y, por ende, detectives privados, precisamente, contratados para la búsqueda de pruebas que demuestren una convivencia marital del cónyuge usuario con una tercera persona. En la otra cara de la moneda aquellos excónyuges usuarios que, hayan iniciado una relación afectiva con un tercero, procurarán que esa situación convivencial no sea visible, por lo que muchos compañeros sentimentales habrán de abandonar la vivienda familiar que, tenga atribuida su pareja y, que hasta ahora era su hogar. Y, ello quizá conlleve como consecuencia adicional la ruptura de muchas parejas ante la nueva situación generada.

En fin, aunque la sentencia del Tribunal Supremo solo se refiere a la convivencia marital con un tercero, se puede, a nuestro entender, extender al matrimonio con un tercero del cónyuge usuario, por eso a lo largo de nuestra exposición hemos también aludido a este supuesto.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código civil?. Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio.
- CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons.
- (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y su eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus.
- CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 2, abril-junio.
- (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tosalda y M. Cuenca Casas (coords.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, 2.^a ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters.
- (2018). La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de la legalidad?, *Blog Hay Derecho*, 9 de diciembre, 1-12.
- DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre, número 698.
- (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, núm. 698, noviembre-diciembre.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo.
- ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Aranzadi.
- ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición de derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Aranzadi Civil*.

- GARCÍA CANTERO, G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona.
- GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y «actio communi dividundo», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero.
- GARCÍA MAYO, M. (2019). Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero: ¿y el interés del menor?, *Actualidad Civil*, número 2, febrero.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C. (1984). Comentario al artículo 70 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. 1.º*, Madrid: Tecnos, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2010). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T. (2009). Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso, *La Ley*, núm. 7105, año XXX, 2 de febrero.
- MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *Actualidad Civil*, número 19, primera quincena noviembre.
- (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales (arts. 96.1, 2 y 3 CC)*, Navarra: Thomson Civitas.
- MÉNDEZ TOJO, R. (2019). Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre, *Actualidad Civil*, número 1, enero.
- MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *Actualidad Civil-I*.
- ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch.
- (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar. Un halo de esperanza, *Diario La Ley*, núm. 9332, 8 de enero.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodio con un tercero, *Revista de Derecho de Familia*, número 82, enero-marzo.
- RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos.
- SALAS CARCELLER, A. (2019). La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, número 1, enero.
- SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi.
- SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra.

VERDERA IZQUIERDO, B. (2017). La atribución del uso de otras residencias distintas de la familiar. Las segundas residencias, *Revista de Derecho de Familia*, número 74, enero-marzo.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1993.
- STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 1998.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de marzo de 2001.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de octubre de 2008.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de abril de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de septiembre de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 15 de marzo de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de junio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 14 de octubre de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 18 de mayo de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2016.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 22 de enero de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2018.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2018.
- STS, Pleno Sala de lo Civil, 20 de noviembre de 2018.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 3 de febrero de 2014.
- STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 28 de enero de 2016.
- STSJ de Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 16 de marzo de 2018.
- RDGRN de 19 de septiembre de 2007.
- RDGRN de 18 de noviembre de 2009.
- SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 3 de marzo de 2003.
- SAP de Vizcaya, secc. 4.^a, 30 de abril de 2004.
- SAP de Valencia, secc. 10.^a, 5 de octubre de 2005.
- SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 15 de junio de 2006.
- SAP de Madrid, secc. 22.^a, 31 de mayo de 2007.
- SAP de Murcia, secc. 4.^a, 18 de febrero de 2010.
- SAP de Córdoba, secc. 2.^a, 2 de marzo de 2012.
- SAP de A Coruña, secc. 3.^a, 23 de julio de 2014.
- SAP de Madrid, secc. 22.^a, 10 de abril de 2015.
- SAP de Las Palmas, secc. 3.^a, 10 de julio de 2015.
- SAP de Pontevedra, secc. 1.^a, 3 de mayo de 2016.

- SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 4 de abril de 2016.
- SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 5 de abril de 2017.
- SAP de Islas Baleares, secc. 4.^a, 18 de julio de 2017.
- SAP de Madrid, secc. 22.^a, 12 de junio de 2018.

NOTAS

¹ SERRANO ALONSO, E. (1986). La vivienda familiar en la liquidación del régimen económico del matrimonio y en el Derecho sucesorio, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1986, 87 y 90; GARCÍA CANTERO G. (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona 1986, 70-71.

Vid., asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (*RJ* 19994, 1030) estima que es «un bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asiente, quien quiera que sea el propietario»; las SAP de Valencia, 30 de septiembre de 1996 (*AC* 1996, 1537); SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 8 de septiembre de 1997 (*AC* 1997, 1914); y, 23 de abril de 1998 (*AC* 1998, 4537); SAP de Las Palmas, secc. 1.^a, 2 de marzo de 1999 (*AC* 1999, 4917); y, 25 de septiembre de 2003 (*JUR* 2004, 25749); y, SAP de Asturias, 24 de noviembre de 2003 (*JUR* 2003, 277780) también califican la vivienda familiar como un bien familiar no patrimonial, adscrito al servicio del grupo familiar o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario.

² *RJ* 1996, 9020. La SAP de Ciudad Real, secc. 2.^a, 30 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2306) precisa que, el concepto jurídico de vivienda familiar viene definido «por la utilización conjunta, permanente y habitual que los miembros de una familia hacen de aquella y donde priman los intereses de la familia, como entidad propia, frente a los particulares de uno de los cónyuges; y, la SAP de Las Palmas, secc. 3.^a, 28 de septiembre de 2007 (*JUR* 2007, 353384) señala que «la vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja, y, en su caso, por sus descendientes más próximos (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de la convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc.), puede situarse en el ámbito rural o urbano, y puede incluso ser compartido con otras personas (parientes o no), o familia, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cuál es su intimidad personal y familiar».

³ GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a C. (1984) Comentario al artículo 70 del Código civil, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, vol. 1.º*, Madrid: Tecnos, 349. Para SANTOS BRIZ, J. (1986). Criterios judiciales en la adjudicación del uso de la vivienda y ajuar familiares. Su aplicación en los distintos supuestos procesales, *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales*, Pamplona: Universidad de Navarra, 211 domicilio conyugal y vivienda familiar son términos sinónimos; sin embargo, para ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, Barcelona: Bosch, 87-88, no lo son. Por un lado «porque es posible la existencia de familia sin matrimonio previo entre los progenitores; y por otro, porque, si hay hijos, la familia es una realidad más amplia que la de meros cónyuges: por último, porque también es vivienda familiar, la habitada por familias monoparentales».

⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7447).

⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2010). *Elementos derecho Civil*, T.IV Familia, 4.^a edición revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 128 precisa que, por familia ha de entenderse aquí, incluso el matrimonio sin hijos. No, en cambio, el viudo con hijos.

⁶ *Vid.*, ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona: Aranzadi, 45 y 226; CUENA CASAS, M (2017). El régimen jurídico de la vivienda familiar. En: M. Yzquierdo Tosalda y M. Cuenca Casas (coords.), *Tratado derecho de*

Familia, vol. III, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi Thomson Reuters, 303; ERDOZÁIN LÓPEZ, J.C. (1997). La disposición derechos sobre la vivienda habitual según la reciente jurisprudencia, *Aranzadi Civil*, 81; por su parte, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M. (1987). La protección de la vivienda y el mobiliario familiar en el artículo 1320 del Código civil, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIII, núm. 581, julio-agosto, 1439-1440 y nota 20 «considera conveniente otorgar protección semejante a la del artículo 1320 del Código civil a las uniones de hecho estables, pero desde luego considera fuera de dudas que deberá hacerse a través de preceptos específicos reguladores de las mismas, sin que quepa la aplicación análoga de una norma matrimonial». Asimismo, *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 4 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 2731); (Pleno) 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404); y, 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708) en las que se niega que la unión de hecho sea semejante a la matrimonial, y que por ello le sean aplicable por analogía los artículos 96 y siguientes del Código civil para el caso de ruptura de pareja. En particular se niega que, el artículo 96 resulte aplicable como pretensión del *ex* miembro de la pareja no titular del inmueble para permanecer en él tras la crisis de la convivencia, entendiéndose que la permanencia en aquel inmueble debe considerarse en precario, y por tanto, desahuciable.

⁷ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿Siempre en precario? ¿Siempre sin aplicar el artículo 96 del Código civil? Comentario a la sentencia del TS de 6 de octubre de 2011, *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 28, enero-junio, 607. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 16 de diciembre de 1996 (*RJ* 1996, 9020); 1 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3139); 31 de mayo de 2012 (LA LEY 72585/2012); 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 355); y, 22 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1079); la STSJ de Navarra, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 8 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 1666); y, las SAP de Álava, secc. 1.ª, 8 de marzo de 2001 (*AC* 2001, 785); y, SAP Pontevedra, secc. 1.ª, 3 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 105791).

⁸ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, secc. 1.ª, 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); y, 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404).

Por su parte, las SSTS, Sala de lo Civil, 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4993); y, 16 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6246) aplican también por *analogía legis* el artículo 97 del Código civil sobre pensión compensatoria.

⁹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 27 de marzo de 2001 (*RJ* 2001, 4770); 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148); 8 de mayo de 2008 (*RJ* 2008, 3345); y, 30 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 404). Asimismo, *Vid.*, la SAP de Madrid, secc. 19.ª, 24 de abril de 1998 (*AC* 1998, 5078).

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1272) descarta el recurso a la *analogía legis* del artículo 96 del Código civil para un caso de ruptura de parejas de hecho sin hijos comunes. Si bien, señala que, hay una laguna legal que colmar, y, en lugar de a la analogía, recurre al sistema de fuentes, en concreto a la función integradora de los principios generales del derecho para así atribuir el uso de la vivienda con fundamento en el principio de protección del conviviente injustamente perjudicado por la situación de hecho.

¹⁰ Medida contemplada en el artículo 12.7 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco; y, también se contenía en el artículo 6.1 de la Ley 5/2011, de 1 de abril de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven valenciana declarada inconstitucional.

La cuantía de la compensación podrá fijarse atendiendo al importe de la renta media de arrendamientos de un inmueble de iguales o similares característica en la misma zona. OLIVA BLAZQUEZ, F. (2017). Atribución del uso de la vivienda familiar y compensación económica: escenarios y propuesta de reforma, en: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus 326 señala que, si la vivienda es propiedad de ambos el importe a pagar será la mitad del valor especificado en ella. *Vid.*, asimismo, la SAP Valencia, secc. 10.ª, 9 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 96730) se acuerda una compensación.

¹¹ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 754) integración de la vivienda en el concepto de alimentos. En este caso, la presencia de un tercero en la vivienda familiar cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores no se plantea desde la medida del uso sino desde la prestación alimenticia. Así se indica al respecto que «el juicio de proporcionalidad en cuanto al caudal o medios del alimentante y las necesidades del alimentista se

ha aplicado correctamente en función de los datos que se tuvieron en cuenta en el momento de los alimentos, como son la contribución de ambos cónyuges a los gastos de la vivienda y el coste de una empleada de hogar lo que, a juicio de la Audiencia, son gastos de los que se beneficia la nueva familia en perjuicio del alimentante y que motiva que la obligación de pago deba reducirse en razón de la entrada en escena de un tercero que necesariamente debe contribuir a estos gastos, estando como está integrada en el concepto de alimentos». Asimismo, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 28 de enero de 2016 (*RJ* 2016, 2048); y, SAP de Madrid, secc. 22.^a, 16 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 167549).

En esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 64-65 para quien no cabe duda que «si el progenitor no custodio proporciona a sus hijos alojamiento, esta prestación *in natura* debe ser computada como atribución alimenticia en especie y, en consecuencia, ser tenida en cuenta a la hora de fijar la cuantía de la pensión en cuantía inferior a la que correspondería si no existiera dicha atribución del uso de la vivienda».

¹² *Vid.*, CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la doctrina. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 25. Asimismo, *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 15 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4424) importe de la pensión compensatoria que, ha sido sustituida por la adjudicación del uso y disfrute del domicilio conyugal durante dos años contados desde la sentencia de primera instancia, transcurridos los cuales, la vivienda queda para el uso y disfrute del esposo propietario de la misma; y, el artículo 233-20.7 del Código civil catalán; y los artículos 5 c) y 10.3 de la Ley 7/2015, de 30 de junio de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores del País Vasco.

¹³ *RJ* 2018, 5086. El recurso de casación lo interpone el Ministerio Fiscal con apoyo en el siguiente motivo: Único: Infracción del artículo 96.1 del Código civil por vulneración en este tipo de procedimientos del principio prioritario del interés del menor, conforme a la jurisprudencia de esta Sala. Considera, además que, en esta clase de procedimientos debe primar el interés del menor, no el patrimonial de los progenitores.

¹⁴ Ha de tratarse de una situación de vida análoga a la conyugal, esto es, estable y duradera de la que pueda presumirse una situación económica similar a la del matrimonio, y no de una relación esporádica u ocasional, y, puede ser de carácter homosexual como heterosexual. No parece que sea necesaria la convivencia en el mismo domicilio (sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 9 de febrero de y, 28 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 2040; *RJ* 2012, 5591). Asimismo, *Vid.*, las SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 13 de julio de 2015 (*JUR* 2015, 2308); y, SAP de Madrid, secc. 10.^a, 31 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 242047). Al respecto, precisa, la STS, Sala de lo Civil, 24 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 896) la posibilidad de extinguirse la pensión compensatoria aunque la esposa convive con otra persona solo los fines de semana. Por su parte, la SAP de Murcia, secc. 4.^a, 8 de febrero de 2018 (LA LEY 20190/2018) nos recuerda que en lo tocante a «vivir maritalmente con otra persona», del que habla el artículo 101 del Código civil como motivo de extinción de la pensión compensatoria, o como impedimento para que surja el derecho: existen dos posturas: a) La que entiende que «vivir maritalmente» debe ser equivalente a convivencia matrimonial y, b) Los que entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión, excluyendo las convivencias esporádicas. En general, se sostiene que se produce convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, produciendo una creencia generalizada sobre el carácter estable de su relación. La convivencia more uxorio es de difícil prueba, pues no suele dejar constancia documental, pues son hechos que se desarrollan en la intimidad familiar. De ahí, razona la Sala, la necesidad de atender a indicios y presunciones. Si tenemos en cuenta que hoy se han relativizado las diferencias entre matrimonio y noviazgo, el mero deseo de permanecer juntos y mantener una relación afectiva es lo que caracteriza al «vivir maritalmente»; por tanto la estabilidad ya no es un dato tan importante a juicio de la Audiencia o al menos se tiene por más limitada en el tiempo. Así sobre tales bases, considera que, los datos que aparecen en el perfil de Facebook permiten acreditar la existencia de una relación afectiva, pública y notoria. Constituyen, por tanto, indicios suficientes. Además, la Sala no tiene en cuenta las alegaciones de la mujer

de que no concurrían los requisitos de permanencia en el tiempo, exclusividad y estabilidad en la relación. En esta línea, la SAP de Tarragona, secc. 1.^a, 11 de mayo de 2018 (LA LEY 54196/2018) señala que, no procede extinguir la pensión compensatoria, pues, no se acredita que, la demanda tenga una relación sentimental comparable con una convivencia matrimonial. Existe una relación amistosa y de familiaridad, incluso sexual, con una tercera persona, pero sin que se pruebe la concurrencia de los requisitos de permanencia, duración y estabilidad propios de un compromiso materializado en un proyecto de vida en común. En fin, la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018 (LA LEY 84412/2018) en cuanto a la determinación de cuando produce efectos la extinción de la pensión compensatoria por convivencia del excónyuge con un tercero fija como doctrina jurisprudencial que «la causa de extinción consistente en contraer nuevo matrimonio habrá de producir su efecto desde que este hecho se produce, con independencia de la fecha en que —conocida dicha situación— se interpone la demanda y se dicta sentencia decidiendo sobre la extinción».

¹⁵ Puede tratarse de matrimonio civil o religioso, si bien, este último, ha de ser reconocido como válido y eficaz en el orden civil. La nueva unión viene a proporcionar al cónyuge acreedor un nuevo *modus vivendi*, ligado al nacimiento de un nuevo deber de socorro como consecuencia del nuevo vínculo, que viene a reequilibrar la posición económica del excónyuge acreedor; además, de no resultar razonable que el nuevo cónyuge del acreedor se beneficie de la pensión que este obtiene de su excónyuge. Al ser causa automática, los efectos se producen desde la misma fecha en que se contrae matrimonio con independencia de la fecha en que se inscribe en el Registro Civil. Así se manifiesta la STS, Pleno de la Sala de lo Civil, 18 de julio de 2018 (RJ 2018, 2828).

¹⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 26 de abril de 2016 (RJ 2016, 1698) acuerdo de los cónyuges aprobado judicialmente por el que la vivienda de propiedad del padre se atribuya al padre, y que los hijos residan con la madre en una vivienda arrendada, correspondiendo al padre satisfacer el total de la renta mensual; y, 27 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4219) en convenio regulador se atribuyó a la madre el uso de la vivienda familiar, propiedad de ambos cónyuges, lo fue para convivir en ella con sus dos hijas entonces menores de edad, por lo que no resulta de aplicación la doctrina del TS relativa a la mayoría de edad de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar, pues, no puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 96.3 del Código civil respecto de la atribución temporal del uso de la vivienda al cónyuge más necesitado de protección, pues, en este caso, los propios cónyuges, dispusieron en libre ejercicio de su voluntad ex artículo 1255 del Código civil, judicialmente sancionado, atribuir el uso de la vivienda a la esposa copropietaria para vivir en ella con sus dos hijas, por lo tanto al margen de ser ella la progenitora custodia, se ha de atender a lo pactado en convenio.

¹⁷ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 696); y, la SAP Navarra, secc. 3.^a, 12 de mayo de 2016 (JUR 2016, 249248) se acuerda que el uso de la vivienda se mantenga hasta la independencia del hijo menor o hasta que cumpla 25 años.

¹⁸ MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del M. (1999). *El uso de los inmuebles en el Derecho Civil moderno*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 166. En esta línea, LACRUZ BERDEJO, J.L. et al. (2005). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 2.^a edición, revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 102; GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2008). La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el registro de la propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2522. Asimismo, *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de diciembre de 1992. Por su parte, LUNA SERRANO A. (1982). *El nuevo régimen de la familia. Matrimonio y divorcio*, Madrid: Civitas, 358 lo califica derecho real de habitación temporal no vitalicio constituido con arreglo a la ley o por decisión judicial. La STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 1997 (RJ 1997, 2636) lo califica derecho de ocupación provisional oponible a terceros.

¹⁹ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005). Reflexiones en torno a la naturaleza del uso de la vivienda familiar atribuido en sentencia de nulidad, separación o divorcio y sus consecuencias, en especial, respecto a los actos de disposición, *Actualidad Civil*, número 19, primera quincena noviembre, 2336. En esta línea, MURCIA QUINTANA, E. (2002). *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*, Madrid: Civitas, 251; DE LA PUENTE ALFARO, F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras

su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, noviembre-diciembre, número 698, 2371.

²⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1986). El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales, *Actualidad Civil*, 1332-1333.

²¹ ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, *op. cit.*, 515-516. En el mismo sentido, CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*, Madrid: Marcial Pons, 43, que, si bien, señala es un derecho más cercano a los derechos reales que a los personales, no procede afirmar su carácter de derecho real pleno, ya que, de ser así, no sería preciso el consentimiento del usuario que exige el artículo 96 del Código civil. Así, pues, concluye que, también presenta rasgos de derecho personal, por lo que su naturaleza híbrida o de categoría intermedia es irrefutable; de la misma autora, Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros: Su estudio desde la doctrina, *op. cit.*, 37 que, afirma al respecto que, si bien conforme la actual regulación no cabe duda de su calificación como derecho personal, ello no es óbice para, como asimismo precisa, dejar constancia de su creciente acercamiento a los derechos reales.

²² SALAZAR BORT, S. (2001). *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*, Pamplona: Aranzadi, 136-139.

²³ DÍEZ-PICAZO, L. (1961). La situación jurídica del matrimonio separado, *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo, 897.

²⁴ ROCA I TRÍAS, E. (1984). Comentario del artículo 96 del Código civil, *VVAA Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, vol. I, Madrid: Tecnos, Madrid, 612-613; de la misma autora (1991). Comentario al artículo 96 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Ministerio de Justicia, T. I, Madrid 401.

²⁵ CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, número 2, abril-junio, 12-13.

²⁶ PRETEL SERRANO, J.J. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros. Su estudio desde la práctica profesional, en: G. Cerdeira Bravo de Mansilla (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Madrid: Reus, 45.

²⁷ ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 43-44.

²⁸ RJ 1992, 10136. En la misma línea, la STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807).

²⁹ RJ 2004, 2713. La STS, Sala de lo Civil, 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3807) parece asimilarlo a un derecho típico de uso o habitación. Igualmente, lo califican como derecho real oponible *erga omnes*, *Vid.*, las SAP de Barcelona, 21 de marzo de 1992 (AC 1992, 522); SAP de Las Palmas, secc. 2.^a, 2 de junio de 1995 (AC 1995, 1654); y, 27 de marzo de 1999 (AC 1999, 4128); SAP de Islas Baleares, secc. 3.^a, 20 de mayo de 1999 (AC 1999, 5815); SAP de Barcelona, secc. 11.^a, 5 de mayo de 2000 (JUR 200, 210394); SAP de Granada, secc. 4.^a, 4 de diciembre de 2001 (AC 2002, 297); SAP de Córdoba, secc. 2.^a, 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 142698); y, SAP de Madrid, secc. 18.^a, 18 de enero de 2006 (AC 2006, 671).

³⁰ RJ 1999, 7680. *Vid.*, asimismo, la RDGRN, 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167); y la SAP Córdoba, secc. 2.^a, 2 de abril de 2003 (JUR 2003, 142698).

³¹ RJ 1994, 2945. *Vid.*, también las SSTS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330); y, 18 de enero de 2009 (RJ 2010, 1274); y las SAP de Teruel, 7 de junio de 1994 (AC 1994, 1027); y SAP de Sevilla, secc. 2.^a, 22 de febrero de 2012 (JUR 2012, 7298922).

³² RJ 2004, 1234.

³³ *Vid.*, en esta línea, la SAP de Asturias, secc. 6.^a, 23 de enero de 1997 (AC 1997, 197). Por su parte, el AAP de Madrid, secc. 22.^a, 8 de julio de 1999 (AC 1999, 1826) señala, en términos similares, que «la atribución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar en proceso matrimonial no implica la constitución de un derecho real ni la transferencia de titularidad alguna, sino que comporta el establecimiento de una situación singular y “sui generis” que surge como consecuencia de la imposición judicial de una prestación en especie de carácter familiar, y que produce como efectos básicos el mantenimiento y fijación del “ius

possidendi” sobre el inmueble que al no titular correspondía ya desde antes de la resolución judicial en cuando tal inmueble constituía la vivienda familiar a modo de tal que ese “*ius possidendi*” así mantenido y fijado excluye, mientras dure el que corresponde al titular».

³⁴ *Vid.*, las SAP de Barcelona, de 2 de junio de 1993 (AC 1993, 1901); SAP de Asturias, secc. 5.ª, 21 de marzo de 1996 (AC 1996, 475); y, SAP de Las Palmas, secc. 3.ª, 27 de mayo de 2004 (JUR 2004, 186909).

³⁵ *Vid.*, las SAP de Salamanca, 15 de diciembre de 1994 (AC 1994, 2304); SAP de Asturias, secc. 5.ª, 21 de marzo de 1996 (AC 1996, 475); SAP de Girona, secc. 2.ª, 28 de septiembre de 2000 (JUR 2001, 19256); y, SAP de Cádiz, secc. 5.ª, 20 de marzo de 2017 (JUR 2017, 124359).

³⁶ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 31 de diciembre de 1994 (RJ 1994, 10330); y, la SAP de Madrid, secc. 12.ª, 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211).

³⁷ RJ 1999, 6085. *Vid.*, la RDGRN, 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167).

³⁸ RJ 2004, 2376. En el mismo sentido, las RDGRN, 5 de junio de 2008 (RJ 2008, 3155); 27 de agosto de 2008 (RJ 2008, 8285); 10 de octubre de 2008 (RJ 2009, 634), y, 18 de noviembre de 2009 (RJ 2010, 1667).

³⁹ RJ 2017, 5862.

⁴⁰ RJ 2018, 48.

⁴¹ RJ 2010, 2323. *Vid.*, asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 8 de octubre de 2010 (LA LEY 171465/2010).

⁴² *Vid.*, por todos, DE LA PUENTE ALFARO F. (2006). La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXII, número 698, noviembre-diciembre, 2372; y, las SSTS, Sala de lo Civil, 11 de diciembre de 1992 (RJ 1992, 10136); y, 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713) y RDGRN 19 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 6167). Por su parte, el artículo 233-22 del Código civil catalán posibilita la inscripción del derecho de uso en el Registro del Propiedad, o, si se ha atribuido como medida provisional, su anotación preventivamente en tal Registro.

⁴³ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006 (RJ 2006, 2342).

⁴⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2004 (RJ 2004, 2713).

⁴⁵ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1104).

⁴⁶ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil 8 de octubre de 2010 (RJ 2010, 7445).

⁴⁷ *Vid.*, el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero —reformado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia— señala al respecto que, todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado; y, las SSTS, Sala de lo Civil, 21 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6532); 16 de junio de 2014 (RJ 2014, 3073); 16 de enero de 2015 (RJ 2015, 355); 8 de marzo de 2017 (RJ 2017, 633); y, 17 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4528); y las SAP Granada, secc. 4.ª, 20 de enero de 1998 (AC 1998, 3185); y, SAP de Murcia, secc. 1.ª, 8 de febrero de 2002 (LA LEY 31329/2002).

⁴⁸ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 1994 (LA LEY 13928/1994); 1 de abril de 2011 (LA LEY 14453/2011) que, aplica analógicamente el artículo 96.1 del Código civil al supuesto de unión no matrimonial, pues, considera que la protección del interés del menor es la misma con independencia de que sus padres estén o no casados; 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590); 21 de junio de 2011 (LA LEY 90854/2011); de 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726/2012); 30 de mayo de 2012 (LA LEY 69264/2012) donde se precisa que, el interés de los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores, porque su interés resulta más necesitado de protección por lo que están incluidos en el artículo 96.1 del Código civil; 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714/2013); 17 de febrero de 2014 (LA LEY 10444/2014); 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090/2014); 16 de junio de 2014 (LA LEY 68745/2014); 5 de diciembre de 2016 (RJ 2016, 5967) la vivienda familiar ha de adscribirse a los menores y con ellos al progenitor que ostenta la custodia; y, 22 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1079) aplicación analógica a las parejas de hecho; y, las SAP de Las Palmas, 13 de marzo de 1995 (AC 1995, 758); SAP de Salamanca, 10 de diciembre de 1997 (AC 1997, 2439); SAP de Alicante, secc. 4.ª, 27 de febrero de 1998 (AC 1998, 326); SAP de Murcia, secc. 1.ª, 29 de junio de 1998 (JUR 1998, 89243); SAP de Valencia, secc. 7.ª, 23 de julio de 1999 (LA LEY 115070/1999); SAP de Barcelona, secc. 18.ª, 15 de junio de 2006 (JUR 2007, 10406); SAP de

Lugo, secc. 1.^a, 18 de enero de 2007 (LA LEY 27477/2007); SSAP de Murcia, secc. 4.^a, 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 279953/2008); y, 18 de febrero de 2010 (LA LEY 38828/2010); SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 20 de mayo de 2011 (LA LEY 125895/2011); SAP de Córdoba, secc. 2.^a, 2 de marzo de 2012 (LA LEY 224628/2012); SAP de Murcia, secc. 4.^a, 19 de julio de 2012 (LA LEY 120942/2012); SAP de Castellón, secc. 2.^a, 13 de noviembre de 2012 (LA LEY 224164/2012); SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 12 de diciembre de 2013 (LA LEY 214050/2013); SAP de A Coruña, secc. 3.^a, 23 de julio de 2014 (LA LEY 104742/2014); y, SAP de Madrid, secc. 22.^a, 10 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 173223).

Asimismo, *Vid.*, el artículo 233.10.1 del Código civil catalán; artículo 12.2 de la Ley 7/2015 del País Vasco; y artículo 81.2 del Código Foral aragonés.

⁴⁹ *Vid.*, la RDGRN 10 de octubre de 2008 (*RJ* 2009, 634).

⁵⁰ MARTÍN MELÉNDEZ, M.^a T. (2005). *Criterios de atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales* (arts. 96.1, 2 y 3 CC), Navarra: Thomson Civitas, 143-146. Por su parte, entiende PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1989). *Derecho de Familia*, Madrid: sección de Publicaciones, Facultad derecho, Universidad Complutense de Madrid, 518 que, la finalidad tuitiva de la patria potestad implica el deber de velar, en el sentido de que «el padre tiene que, prever y proveer» con especial cuidado de todo lo concerniente a «la persona y los intereses más personalísimos del hijo» y a su «vida social».

De todas formas, como precisa la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524) la división de la cosa común no impide la venta en pública subasta de la vivienda con subsistencia del derecho de uso constituido, en tanto este no se extinga por voluntad de aquellos o decisión del órgano que lo acordó. En el mismo sentido, la SAP de Huesca, secc. 1.^a, 30 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 295394).

⁵¹ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162416/2012).

⁵² *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7447); y, 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

⁵³ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 10135); 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919), y 22 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 3952); y, las SAP de Huesca, secc. 1.^a, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 294955) hasta que cumpla 26 años; SAP de Ourense, secc. 1.^a, 5 de abril de 2016 (*JUR* 2016, 89158) hasta la mayoría de edad de la menor; y, SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 731340) hasta la mayoría de edad de la hija.

⁵⁴ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 17 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 4375); 16 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 47658) que señala, al respecto, que «La finalidad de lo dispuesto en el artículo 96 del Código civil es la de proteger el interés del menor asegurándose en todo caso el uso de una vivienda, que será la que fue vivienda. Pero ello no impide que caso de existir más viviendas en las que el interés del menor, quede igualmente protegido, no pueda atribuirse a dicho menor el uso de otra vivienda que no sea la que ha constituido el último domicilio familiar. Entendemos que, si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostente el recurrente sobre la vivienda que, actualmente ocupan el menor y su madre»; y, 18 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 1919).

⁵⁵ ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 143-144 y 147.

⁵⁶ Precisamente, esta es la orientación de las legislaciones autonómicas, *Vid.*, el artículo 81.2 del Código Foral aragonés y el artículo 233-21.1 del Código civil catalán.

⁵⁷ DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2013). Comentario al artículo 96 del Código civil. En: Bercovitz Rodríguez Cano R. (dir.), *Comentarios al Código civil, T. I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1003; CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2005). *La atribución del uso de la vivienda*, *op. cit.*, 37. Por su parte, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 167 señala que, son titulares ambos, hijos y cónyuge en cuya compañía queden pues «se trata de un sujeto plural y colectivo y no exclusivamente del cónyuge. Ahora bien, este último lo es *per relationem* dado que ostentará tal derecho de uso en la medida en que tiene atribuida la custodia de sus hijos y solo mientras esta permanezca».

⁵⁸ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2011). *La vivienda familiar, Tratado derecho de Familia. Procedimiento Contencioso: separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos*

contenciosos, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 524. *Vid.*, las SAP Málaga, secc. 6.ª, 12 de febrero de 2002 (LA LEY 33343/2002) teniendo en cuenta que la vivienda es privativa del esposo, y que la esposa posee otra vivienda, se atribuye el uso de la vivienda al padre y al hijo que convive con aquel; SAP de Cantabria, secc. 2.ª, 25 de octubre de 2005 (LA LEY 208063/2005); y, SAP de Valencia, secc. 10.ª, 14 de enero de 2010 (LA LEY 3028/2010) la esposa se fue a vivir con su madre, con la que reside junto con sus hijos desde un principio, y con la que sigue viviendo, al tener cubiertas sus necesidades de vivienda, se estima aconsejable otorgarle al padre y al hijo con el que convive el uso de la vivienda familiar.

⁵⁹ RAMS ALBESA, J. (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid: Tecnos, 115; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 410.

⁶⁰ *Vid.*, la SAP de Málaga, secc. 6.ª, 30 de septiembre de 2010 (LA LEY 277807/2010).

⁶¹ *Vid.*, las SAP de Córdoba, secc. 2.ª, 21 de mayo de 2003 (LA LEY 91309/2003); SAP de Málaga, secc. 6.ª, 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 281933); y, SAP de Les Illes Balears, secc. 4.ª, 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320/2018) los cónyuges pactaron en el acuerdo de mediación una utilización de la vivienda familiar al 50% entre ambos por ser susceptible de división física, indicándose que, la parte de la vivienda correspondiente a la madre sería ocupada por ella y por su hijo menor. De no haber sido posible la división material de la vivienda, concluye la Audiencia que «el artículo 96.1 del Código civil hubiese obligado a asignar a la madre con su hijo la totalidad de la misma por su condición de progenitora custodia».

⁶² Por la temporalidad se inclina ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 211 apoyándose en dos argumentos: «Uno. Que no comparto, como he indicado la doctrina jurisprudencial que niega esta posibilidad en supuestos de guarda y custodia exclusiva, pues, el artículo 96.1 del Código civil atribuye el uso a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, pero no establece que el mismo sea incondicional. Dos. El propio Tribunal Supremo, que exige una limitación temporal a dicho uso en casos de custodia compartida, lo hace atribuyendo el uso con base en el artículo 96.II aplicado por analogía».

⁶³ *RJ* 2017, 4528 en un caso de unión extramatrimonial. Si el uso del bien inmueble se atribuye a la menor hija común, se vería desplazado del mismo a la otra hija del padre, desfavoreciendo sus necesidades de convivencia con el progenitor que, tiene en común. No se atribuye a la madre como custodia de una de los hijos, pues, tiene una vivienda en la misma zona y de la que no se niega que pueda utilizarla y satisfacer las necesidades de escolarización y desarrollo social de menores de corta edad.

⁶⁴ *RJ* 2018, 460.

⁶⁵ La STS, Sala de lo Civil, 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899/2012) señala que, la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio de interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil.

⁶⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 483); y, 17 de enero de 2019 (*JUR* 2019, 26098) se adscribe la vivienda familiar a los menores y madre al ser lo solicitado por el padre; y, el ATS, Sala de lo Civil, 24 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 31651) atribución del uso a los menores hasta la liquidación de la sociedad de gananciales, turnándose semanalmente los progenitores en el uso de la vivienda; y, las SAP de Alicante, secc. 4.ª, 31 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 119200) atribución a los menores; de la SAP de Zaragoza, secc. 2.ª, 8 de julio de 2014 (LA LEY 108568/2014) alternancia de los padres cada quince días hasta que el hijo cumpla 18 años; SAP de Córdoba, secc. 1.ª, 30 de julio de 2014 (LA LEY 141867/2014) los progenitores se alternan anualmente en el uso de la vivienda; SAP de Guipúzcoa, secc. 3.ª, 16 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 276233) atribución del uso a la menor y desplazamiento de los padres, ocupándola durante el tiempo que les corresponda la guarda; SAP de Guipúzcoa, secc. 2.ª, 26 de septiembre de 2014 (*JUR* 2014, 298695) al hijo menor y ambos progenitores alternativamente en función de semanas y periodos vacacionales; SAP de Navarra, secc. 3.ª, 15 de marzo de 2016 (*JUR* 2016, 248972); y, SAP de Barcelona, secc. 12.ª, 27 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 197016) alternancia anual.

⁶⁷ *Vid.*, el ATS, Sala de lo Civil, 17 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 42455) se adjudica a la esposa la vivienda familiar del esposo, hasta que la hija menor de edad alcance la mayoría de edad; la STS, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636) limitación

temporal a dos años; y, las SAP de Girona, secc. 1.^a, 26 de febrero de 2014 (*JUR* 2014, 135654) con carácter temporal a la madre por ser el interés más necesitado de protección; SSAP de Barcelona, secc. 18.^a, 26 de marzo de 2014 (*JUR* 2014, 135522) atribución a la esposa hasta que finalice el sistema de guarda y custodia compartida que, se acuerde; y, 27 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 178933); SAP de Alicante, secc. 4.^a, 10 de julio de 2014 (*JUR* 2015, 52617) atribución a la esposa; SAP de Álava, secc. 1.^a, 17 de junio de 2014 (*JUR* 2014, 246623) atribución al padre, vivienda privativa del mismo, y donde van los hijos todos los días a comer; SAP de Burgos, secc. 2.^a, 27 de octubre de 2014 (*JUR* 2015, 49497); y, SAP de Álava, secc. 1.^a, 19 de mayo de 2017 se atribuye a la madre durante dos años al ser esta quien objetivamente presenta mayores dificultades de acceder a una vivienda.

Por su parte, el artículo 233.20-3 del Código civil catalán; el artículo 81.1 del Código Foral aragonés y el artículo 12.4 de la Ley 7/2015 del País Vasco aluden como criterio a tener en cuenta el progenitor más necesitado de protección.

⁶⁸ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 20 de febrero de 2018 (LA LEY 3974/2018) donde finalmente se da la razón a los pedimentos del exesposo de que el uso y disfrute de la vivienda familiar fuese compartida entre ambos progenitores por anualidades alternas hasta que se procediera a separar los patrimonios que tienen en común, sin compensación por pérdidas de uso. La vivienda familiar pertenece a ambos esposos en régimen de copropiedad (50%) y su régimen económico es el de separación de bienes. El Tribunal Supremo entiende que, el interés superior del menor debe ser valorado y considerado primordial, sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas, educativas y emocionales, pero también deben valorarse los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectadas; y, 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2857); y, las SSAP de Barcelona, secc. 18.^a, 14 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 234601) se atribuye a ambos durante el tiempo que tengan la guarda; y, 23 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 233941) uso alternativo por periodos temporales; y, SAP de Álava, secc. 1.^a, 19 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 198058).

⁶⁹ LUQUE JIMÉNEZ M.^a del C. (2012). La atribución del uso de la vivienda familiar en situaciones de crisis matrimonial, *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantil de España, 84; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO T. (2009). Problemas que genera la actual regulación de la guarda y custodia compartida en el proceso contencioso, *La Ley*, n.º 7105, año XXX, 2 de febrero, 7. *Vid.*, asimismo, las SSTS, Sala de lo Civil, 3 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 7834); 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014); 24 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 5180) impone una atribución temporal de dos años contados desde la sentencia en cuanto se trata de una situación que la esposa ha consentido; 6 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 1321) atribución temporal hasta la liquidación de la sociedad de gananciales; 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876) mantenimiento de la esposa en la vivienda que, se mantendrá durante un año contado desde la sentencia; 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3445) se asigna la vivienda familiar, privativa del esposo, a la menor y su madre, durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación. Con ello se armonizan dos intereses contrapuestos: el del titular de la vivienda que quedaría indefinidamente frustrado al no permitírsele disponer de ella, incluso en los periodos que el hijo permanece con él y el del hijo de comunicarse con su madre en otra vivienda; 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449); 23 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 363) se determina que la madre podrá mantenerse en la vivienda que fue familiar durante tres años desde la fecha de la sentencia, con el fin de facilitar a ella y la menor (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 878); y, 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1852); y, las SAP de Sevilla, secc. 2.^a, 20 de febrero de 2012 (LA LEY 136661/2012); y, SAP de Córdoba, secc. 1.^a, 18 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 221681).

⁷⁰ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de octubre de 2014 (LA LEY 145489/2014) adoptándose el sistema de custodia compartida, el hijo queda en compañía de ambos cónyuges, no constando que la madre precise de una protección especial. La vivienda familiar queda sin adscripción expresa dado que ambos padres tienen la custodia y no consta que la madre necesite una especial protección, así que quedará sometido el inmueble al correspondiente proceso de liquidación en su caso, por lo que la Sala fija un plazo prudencial a la demandada para desalojarlo en seis meses; 17 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 483) constando que la vivienda familiar fue entregada al banco en dación en pago, el cual facilitó al padre su

permanencia como vivienda social, no procede a entrar en la cuestión relativa a la vivienda que fue familiar dado que ya no pertenece a la sociedad de gananciales, debiendo resolverse en ejecución de sentencias las incidencias que procedan; y 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636).

⁷¹ *Vid.*, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.ª, 10 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 317947) a la esposa.

⁷² *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636) una limitación temporal a dos años; 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 74) ponderando el interés más necesitado de protección, se fija un periodo de dos años desde la sentencia para facilitar la transición a otra residencia, transcurrido el cual la vivienda queda supeditada a la liquidación de la sociedad de gananciales; 9 de mayo de 2018 (*RJ* 2018, 1852) limitación temporal a tres años; y 13 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4930) la vivienda la utiliza el padre durante dos años computados desde la fecha de la presente sentencia; y, la SAP de Barcelona, secc. 18.ª, 16 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 38141) atribución a la madre por el plazo de un año.

⁷³ Así el artículo 233-20.5 del Código civil catalán; y, el artículo 12.5 de la Ley 7/2015 del País Vasco.

En todo caso, se aboga en la doctrina por la excepcionalidad de la prórroga, pues, de lo contrario se convertiría en indefinida o casi indefinido el uso, *Vid.*, ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 241.

⁷⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 30 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6547). Por su parte, en el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 25 de septiembre de 2018 que, entre otros preceptos modifica el artículo 96 del CC, en su párrafo segundo se equipara a los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisen de medidas de apoyo que hicieran conveniente el uso de la vivienda familiar; a los hijos menores que se hallan en la misma situación. En el Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018 a tal Anteproyecto de Ley se dispone que las modificaciones que se introducen en el artículo 96 del Código civil han de ser acogidas favorablemente (apartado 144).

⁷⁵ *JUR* 2017, 20694. Asimismo en esta línea, *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017 (*JUR* 2017, 60732). Sin embargo, la SAP de Huelva, secc. 3.ª, 26 de enero de 2015 (*JUR* 2016, 4526) se atribuye la vivienda a la madre, al entender que hay que cubrir las necesidades del hijo común con una discapacidad psíquica importante del 65% y que es dependiente económicamente de sus padres.

⁷⁶ En esta línea, GAVILÁN LÓPEZ, J. (2016). Medidas definitivas de nulidad, separación y divorcio, *Memento Práctico Familia 2016-2017*, Madrid. Francis Lefebvre-El Derecho, 610; ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 516-517.

⁷⁷ ORDÁS ALONSO M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 517-520 se refiere a los diferentes supuestos que se derivan del fallecimiento del cónyuge usuario y custodio, de alguno o de todos los hijos, del cónyuge y de alguno de los hijos.

⁷⁸ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 29 de marzo de 2011 (LA LEY 9107/2011); y 5 de noviembre de 2012 (LA LEY 162426/2012).

⁷⁹ El artículo 96.3 del Código civil tiene carácter excepcional y su interpretación restrictiva, máxime cuando la vivienda es propiedad del otro cónyuge, *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 14 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 10432); 23 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2546); y 1 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 608). Asimismo, la SAP Huelva, secc. 2.ª, 13 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 239706) limitación temporal a dos años.

⁸⁰ *RJ* 2011, 3590.

⁸¹ LA LEY 68745/2014. Igualmente, señala que «el interés que se protege no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja. Una interpretación correctora de esta norma implicaría la vulneración de estos derechos, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 de la Constitución Española) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de Protección del Menor; habiendo señalado esta Sala como doctrina jurisprudencial la

siguiente «la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor que, no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el artículo 96 del Código civil». En esta línea, las SSTS, Sala de lo Civil, 9 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3561); 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524) donde se mantiene el uso de la vivienda, a pesar de la división y se impone incluso a terceros adjudicatarios; 14 de abril de y 21 de junio de 2011 (LA LEY 14453/2011; LA LEY 90854/2011); 30 de septiembre de 2011 (LA LEY 186204/2011); 26 de abril de 2012 (LA LEY 56726/2012); 21 de mayo de 2012 (LA LEY 58422/2012); 13 de julio de 2012 (LA LEY 134899/2012); 17 de octubre de 2013 (LA LEY 156714/2013); de 3 de abril de 2014 (LA LEY 40090/2014); 29 de mayo de 2014 (LA LEY 95232/2014); 2 de junio de 2014 (LA LEY 64164/2014); 16 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3073); 28 de noviembre de 2014 (*RJ* 2014, 6048); 5 de diciembre de 2016 (*RJ* 2016, 5967); y, 22 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1079); y, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 12 de noviembre de 2012 (LA LEY 224413/2012); y, la SAP de Valencia, secc. 10.^a, 25 de julio de 2012 (*JUR* 2012, 357810).

Por otra parte, esta misma doctrina se aplica cuando se atribuye la vivienda en situaciones de convivencia prolongada de un hombre y mujer como pareja, *Vid.*, el ATS, Sala de lo Civil, 13 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 151805); y, la STS, Sala de lo Civil, 16 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 355).

⁸² *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 10 de octubre de 2011 (LA LEY 194732/2011); 17 de junio de 2013 (LA LEY 87809/2013) uso por el hijo y la esposa durante tres años; 16 de septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4449) durante un año computable desde la fecha de la presente sentencia con el fin de facilitar a la madre y los menores (interés más necesitado de protección) la transición a una nueva residencia; y, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4639) un año a contar desde la sentencia; las SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 5 de julio de 2008, dos años desde que el hijo menor viva de forma independiente; SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 28 de junio de 2010 (LA LEY 223438/2010) límite temporal máximo de cuatro años; y, SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 24 de mayo de 2011 (LA LEY 130663/2011) a dos años.

⁸³ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 10 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 549); y, las SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 31340), y SAP de Madrid, secc. 22.^a, 26 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 73703). Por su parte, en el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad también se opta por la temporalidad, pues el uso de la vivienda se mantiene hasta que todos los hijos alcancen la mayoría de edad (artículo 96 párrafo 1). Una vez extinguido el uso por tal circunstancia, las necesidades de vivienda de los hijos mayores de edad que carezcan de independencia económica, se registrá por lo previsto en el Título VI del Libro I del CC relativo a los alimentos entre parientes.

⁸⁴ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 978) hijos mayores de edad independizados económicamente; y, las SAP de Segovia, secc. 1.^a, 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 28500); SAP de Castellón, secc. 2.^a, 18 de febrero de 2011 (LA LEY 55229/2011) poner lo siguiente: SAP de Asturias, secc. 7.^a, 15 de marzo de 2013 (LA LEY 42578/2013); y, SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 275595) hasta que logre independizarse.

⁸⁵ *Vid.*, las SSAP de Madrid, secc. 12.^a, 29 de marzo de 2010 (AC 2010, 1211) cuando el hijo del matrimonio cumpla 25 años; y, secc. 22.^a, 8 de marzo de 2013 (*JUR* 2013, 159485) hasta que el hijo alcance los 21 años; SAP de Navarra, secc. 3.^a, 12 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 249248) hasta la independencia de la hija menor o hasta que cumpla 25 años; y, SAP de Guadalajara, secc. 1.^a, 20 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 200384) hasta que cumpla 25 años.

⁸⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 19 de noviembre de 2013 (LA LEY 180585/2013); y, 20 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 3060) que, señalan al respecto que, el artículo 96.3 del Código civil no autoriza a imponer; a falta de acuerdo entre las partes, un uso indefinido e ilimitado de la vivienda familiar. Procede la atribución del uso hasta la fecha de la liquidación de la sociedad de gananciales; y, las SAP de Valladolid, secc. 1.^a, 21 de mayo de 2007 (LA LEY 117631/2007); SAP de Madrid, secc. 24.^a, 10 de octubre de 2012 (LA LEY 175093/2012); y, SAP de Valladolid, secc. 1.^a, 22 de marzo de 2013 (LA LEY 52437/2013).

⁸⁷ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 696) atribución del uso a la esposa hasta se le conceda o adjudique una vivienda de protección oficial, bien en régimen de alquiler o de propiedad.

⁸⁸ *Vid.*, las SAP de Granada, secc. 3.^a, 29 de junio de 2002 (*JUR* 2002, 203984); de la Audiencia Provincial de Madrid, secc. 24.^a, 30 de marzo de 2007 (*JUR* 2007, 313811); y, SAP de Islas Baleares, secc. 4.^a, 4 de julio de 2017 (*JUR* 2017, 220891).

⁸⁹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 25 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4962); 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 924) atribución por tres años del uso de la vivienda familiar privativa del esposo a la esposa y a los hijos mayores de edad que conviven con ella; y, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4639) un año a contar desde la sentencia; y, las SAP de Segovia, secc. 1.^a, 20 de octubre de 2009 (*JUR* 2010, 28500); SAP de Asturias, secc. 7.^a, 15 de marzo de 2013 (LA LEY 42578/2013); SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 275595) hasta que logre independizarse; SAP de Guadalajara, secc. 1.^a, 20 de julio de 2016 (*JUR* 2016, 200384) hasta que cumpla 25 años; SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 21 de julio de 2016 (*JUR* 2017, 31340), y SAP de Madrid, secc. 22.^a, 26 de enero de 2018 (*JUR* 2018, 73703).

⁹⁰ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 924) hijo mayor de edad discapacitado por periodo de tres años; y, la SAP Madrid, secc. 24.^a, 2 de noviembre de 2007 (*JUR* 2008, 102636) hijo autista durante el periodo de dos años. También se opta por la temporalidad en el citado Anteproyecto de Ley en materia de discapacidad al disponer que, si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho (artículo 96 apartado 1 inciso segundo). En el Informe aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 29 de noviembre de 2018 sobre este Anteproyecto se indica que respecto a este supuesto, se debería precisar con claridad, si el derecho de uso de la vivienda familiar a favor del hijo mayor de edad con discapacidad es independiente del derecho del cónyuge en cuya compañía ha quedado.

⁹¹ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2876) atribuir el uso a uno de los cónyuges hasta la mayoría de edad de la hija común conlleva una incorrecta armonización de los intereses contrapuestos, al no existir a dicha edad custodia compartida y se aparta del uso de la vivienda todo este tiempo al cotitular, frustrando indefinidamente el disfrute de la misma, ponderación de la mejor situación de la esposa que es la que ha venido disfrutando de la vivienda, por lo que se fija un año de uso desde la presente sentencia; 21 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3445) vivienda privativa del esposo, asignación a la menor y su madre durante el periodo de dos años computables desde la fecha de la presente sentencia de casación, debe evaluarse si el tiempo por el que se fija la adscripción de la vivienda es acorde o no con el principio de proporcionalidad; 23 de enero de y 14 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 363; *RJ* 2017, 878) en caso de paridad económica de los progenitores y no existiendo una residencia familiar sino dos, por lo que no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar indefinida a la menor y al padre o la madre que con él conviva, se aplica analógicamente el artículo 96.2 del Código civil, y se opta por la temporalidad en el uso; 12 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2203) atribución del uso de la vivienda a las hijas comunes y a la madre con limitación a tres años atendidas las circunstancias de empleo de la madre y la edad de las menores; 22 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4407) atribución temporal por periodo de dos años a la madre y a las menores ponderando el interés más necesitado de protección de estas, computables desde esta sentencia con el fin de facilitar a ella y a las menores la transición a una nueva residencia, transcurrido el cual la vivienda quedará para el uso exclusivo de su titular; 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 4636); 10 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 74) no cabe su atribución indefinida a la esposa e hija dado que al alternarse la custodia entre padre y madre la vivienda familiar no puede quedar adscrita a uno de ellos con exclusividad, ponderando el interés más necesitado de protección, se fija el periodo de dos años desde esta sentencia para facilitar la transición a una nueva vivienda, transcurrido el cual la vivienda quedará supeditada al proceso de liquidación de la sociedad de gananciales; 20 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 573) atribución del uso por anualidades alternas hasta la división del patrimonio común de los litigantes, manteniéndose la esposa en el uso durante la primera anualidad confirmando lo acordado por la sentencia de primera instancia; y, 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2857) atribución por periodos alternos de una semana hasta la liquidación de la sociedad de gananciales.

⁹² *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 9 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 4179) por un plazo de tres años; y, las SAP de Islas Baleares, secc. 3.^a, 29 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006,

13094) por tres años; y, SAP de Valencia, secc. 10.^a, 13 de junio de 2016 (*JUR* 2016, 21934) durante cuatro años desde la sentencia.

⁹³ *Vid.*, la SAP de Islas Baleares, secc. 4.^a, 28 de septiembre de 2011 (*JUR* 2011, 367371).

⁹⁴ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 29 de octubre de 2008 (*RJ* 2008, 6923); 14 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 4729); y, de 28 de abril de 2016 (*RJ* 2016, 2216), y la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, secc. 9.^a, 18 de septiembre de 2012 (*JUR* 2012, 368684).

⁹⁵ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 18 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 1274); y, 11 de noviembre de 2010 (*RJ* 2010, 8048).

⁹⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342); 3 de diciembre de 2008 (*RJ* 2009, 524); 14 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 2323); y, 27 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 3383); y, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 19 de marzo de 2018 (*RJ* 2018, 2841); y, las SAP de Jaén, secc. 2.^a, 9 de octubre de 2013 (*AC* 2013, 2264); SAP de Madrid, secc. 13.^a, 29 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 52809); y, SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 2 de noviembre de 2018 (LA LEY 172195/2018) división de la vivienda familiar, manteniendo el derecho de uso vitalicio reconocido a favor de la exesposa.

Para CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 370 «esta doctrina no solo implica admitir la naturaleza *erga omnes* del derecho de uso, sino que también deja sin aplicación la restricción a la facultad de disposición del inmueble prevista en el artículo 96.4 del Código civil, y que, considera ociosa si se admite el carácter real del derecho de uso».

⁹⁷ ELORRIAGA DE BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familia*, *op. cit.*, 509; GARCÍA-MAURIÑO, S., y DEL CARPIO FIESTAS, V. (1994). Atribución del uso de la vivienda familiar y «*actio communi dividundo*», *Actualidad Civil*, núm. 5, 31 de enero-6 de febrero de 1994, 84; CUENA CASAS, M. (2011). El régimen jurídico de la vivienda familiar, *op. cit.*, 370-371.

⁹⁸ CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros, *op. cit.*, 33.

⁹⁹ En esta línea, CERVILLA GARZÓN, M.^a D. (2017). Naturaleza jurídica del uso de la vivienda familiar y eficacia frente a terceros..., *op. cit.*, 34.

¹⁰⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 6 de febrero de 2018 (*RJ* 2018, 352).

¹⁰¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, secc. 2.^a, 1 de septiembre de 2001 (*AC* 2001, 2582) obtención *mortis causa* por el cónyuge usuario de un importante patrimonio inmobiliario.

¹⁰² *Vid.*, la SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 4.^a, 14 de marzo de 2005 (*JUR* 2005, 103595); y, SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 5 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 223732) cese de la guarda a favor de la madre.

¹⁰³ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 17 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 978); y, 19 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 274), y, la SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 20 de marzo de 2015 (*JUR* 2015, 127066); SAP de Las Palmas, secc. 3.^a, 10 de julio de 2015 (*JUR* 2016, 41296); y, SAP Córdoba, secc. 1.^a, 26 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 260195) por mayoría de edad.

¹⁰⁴ *Vid.*, las SAP de Lleida, secc. 1.^a, 13 de abril de 2002 (*JUR* 2002, 157777) ha estado la vivienda conyugal deshabitada de forma continuada; SAP de Murcia, secc. 4.^a, 29 de marzo de 2012 (*JUR* 2012, 155694) vivienda sin habitar durante un año; y, SAP de Albacete, secc. 1.^a, 5 de julio de 2018 (*JUR* 20187258878).

¹⁰⁵ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de septiembre de 2017 (*RJ* 2017, 5912); la STSJ Aragón, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.^a, 6 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3571); y, la SAP Sevilla, secc. 2.^a, 21 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 159932).

¹⁰⁶ *Vid.*, las SSTS, Sala de lo Civil, 3 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2215); y, 27 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 6187); y, las SAP de Asturias, secc. 6.^a, 14 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 323194); SAP de Málaga, secc. 6.^a, 22 de diciembre de 2008 (*JUR* 2013, 145388); SAP de Granada, secc. 5.^a, 5 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 113291); y, SAP de Jaén, secc. 1.^a, 18 de febrero de 2016 (*JUR* 2016, 108227).

¹⁰⁷ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 8 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 2342).

¹⁰⁸ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 2004 (*RJ* 2004, 2713).

¹⁰⁹ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 6 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 1104).

¹¹⁰ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 15 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 1619).

Por su parte, la STS, Sala de lo Civil, 22 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3251) pone de relieve que en las situaciones de crisis matrimoniales pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico derecho de familiar; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente, queda integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva; y, en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico tanto más su contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el artículo 90 del Código civil». Si bien, dentro de los convenios se ha venido distinguiendo entre acuerdos entre cónyuges en contemplación de las situaciones de crisis matrimonial (sentencia 116/2002, de 15 de febrero) o en previsión de posibles rupturas (sentencia 217/2011 de 31 de marzo) y acuerdos transaccionales posteriores al convenio regulador, pero todos ellos sin llegar a ser aprobados judicialmente.

Asimismo, la STS, Sala de lo Civil, 19 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4869) afirma que la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega su eficacia en muchas ocasiones a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal. Cita la sentencia de 24 de junio de 2015 rec. 2392/2013 que expone, en justificación de esa doctrina que «en el profundo cambio de modelo social y matrimonial que se viene experimentando (art. 3.1 CC) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen a la autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el artículo 1323 del Código civil, a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 CC) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales, previsores de crisis conyugal, en el artículo 231-19 del Código civil catalán». En fin, la STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2018 (*RJ* 2018, 4748) relativo a la validez y eficacia del convenio regulador de divorcio suscrito por los cónyuges y no ratificado judicialmente, que se aporta después al divorcio contencioso.

¹¹¹ ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 547; CABEZUELO ARENAS, A.L. (2008). Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar tras el divorcio por convivencia extramatrimonial con un tercero, *Revista de Derecho Patrimonial*, número 21, 315.

¹¹² ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 545. *Vid.*, también la SAP de Granada, 14 de diciembre de 1992 (*AC* 1992, 1671) no se acredita que sea perjudicial para las hijas la pareja conviviente con la madre.

¹¹³ En esta línea, las conclusiones del IV Encuentro de Magistrados, Fiscales y Secretarios Judiciales con la Asociación Española de Abogados de familia celebrado en Valencia los días 26, 27 y 28 de octubre de 2018.

Asimismo, *Vid.*, la SAP de Valencia, secc. 10.ª, 5 de octubre de 2005 (*JUR* 2005, 274240).

¹¹⁴ ORDÁS ALONSO, M. (2018). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, op. cit., 543; de la misma autora (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, *Diario La Ley*, núm. 9332, sección Doctrina, 8 de enero, 2. *Vid.*, la STSJ de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, secc. 1.ª, 3 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1568); y, las SAP de Barcelona, secc. 18.ª, 2 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 271492) ha perdido el carácter familiar por habitar una nueva familia, diferente a la originaria, al haberse casado la demandada, estableciendo en la vivienda litigiosa su domicilio conyugal, acordándose ante esta situación que el derecho de uso subsista hasta que se proceda a la división o venta de la vivienda; SAP de Cádiz, secc. 7.ª, 16 de septiembre de 2002 (*JUR* 2002, 281274); SAP de Vizcaya, secc. 4.ª, 30 de abril de 2004 (*JUR* 2004, 296197); SAP de Madrid, secc. 22.ª, 4 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 15978); SAP de Almería, secc. 1.ª, 19 de marzo de 2007 (*AC* 2007, 505); SAP de Murcia, secc. 5.ª, 9 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 34610); y, SAP de Madrid, secc. 22.ª, 12 de junio de 2018 (*JUR* 2018, 223603).

Por el contrario, se entiende que no procede la supresión, sin disponer ningún otro efecto, las SAP de Valladolid, secc. 1.ª, 22 de diciembre de 1995 (*AC* 1995, 2449); SAP de Madrid, secc. 22.ª, 7 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 264269); y, SAP de Tarragona, secc. 1.ª, 4 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 63874).

¹¹⁵ CUENA CASAS, M. (2014). Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 2, abril-junio, 33-34; ELORRIAGA BONIS, F. (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, op. cit., 564; DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2012). El derecho de uso de la vivienda familiar en las crisis familiares: comparación entre las experiencias jurídicas españolas e italiana, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 3410-3411. Vid., las SAP de Toledo, secc. 1.^a, 28 de noviembre de 1995 (AC 1995, 2219); SAP de Murcia, secc. 1.^a, 21 de junio de 1999 (JUR 1999, 272220); SAP de Barcelona, secc. 12.^a, 3 de marzo de 2003 (JUR 2003, 196943); SAP de Madrid, secc. 22.^a, 31 de mayo de 2007 (JUR 2007, 312681); y, SAP de Les Illes Balears, secc. 4.^a, 17 de octubre de 2018 (LA LEY 170320/2018) los cónyuges pactaron una utilización de la vivienda familiar al 50% por ser susceptible de división física. El padre solicita una nueva distribución de los elementos del domicilio, alegando que la madre ha rehecho su vida con otra pareja en cuyo domicilio convive. Sin embargo, la Audiencia desestima esta pretensión y acuerda mantener lo acordado por falta de prueba de la convivencia de la madre con su nueva pareja, y además señala que «no puede hacerse depender la necesidad de vivienda del hijo menor de la estabilidad sentimental de la madre con la nueva pareja, ello en el supuesto en que se hubiese demostrado que conviven los tres en otra vivienda distinta a la familiar».

¹¹⁶ Vid., la SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 4 de abril de 2016 (JUR 2016, 131580).

¹¹⁷ Vid., el AAP de Madrid, secc. 22.^a, 16 de julio de 2002 (JUR 2002, 227646).

¹¹⁸ Adoptando la doctrina fijada en la SAP de Valladolid, secc. 1.^a, 15 de enero de 2018 (JUR 2018, 64717) que, es objeto del actual recurso de casación y obviando la posición fijada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 3, de Valladolid, de 14 de abril de 2017, objeto de recurso de apelación, en el que se mantuvo el uso y disfrute de la vivienda familiar pese a la convivencia marital del cónyuge usuario con un tercero; y, sin embargo, se acordó modificar el importe de la pensión alimenticia reduciendo los 500 euros mensuales que estipuló la sentencia de divorcio en 400 euros mensuales —doscientos por cada hijo—. Se opta en lugar de por la extinción del uso, por reducir la pensión alimenticia.

¹¹⁹ Se muestran partidarios de la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, ORDÁS ALONSO, M. (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, op. cit., 3 al afirmar que no puedo estar más de acuerdo con la sentencia. De hecho como hemos constatado en otra parte de nuestro estudio, es una idea que siempre ha defendido la autora; SALAS CARCELLER, A. (2019). La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias respecto del derecho de uso atribuido en juicio de divorcio, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, enero, 5 (versión digital) al afirmar que «en el presente caso, el carácter de vivienda familiar ha desaparecido por la entrada de un tercero, dejando de servir con ello a los fines del anterior núcleo familiar. (...) Esta medida no priva a los menores de su derecho a una vivienda, ni cambia la custodia, que se mantiene a favor de la madre, pero no es posible mantenerlos en el uso de un inmueble que no tiene el carácter de domicilio familiar, puesto que dejo de servir a los fines que determinaron la atribución del uso en el momento de la ruptura matrimonial, tal atribución no puede extenderse más allá del tiempo necesario para liquidar la sociedad de gananciales existente entre ambos progenitores»; MÉNDEZ TOJO, R. (2019). Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona: la novedosa STS 641/2018, de 20 de noviembre, *Actualidad Civil*, núm. 1, enero, 10. En contra, CUENA CASAS, M. (2018). La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de legalidad?, *Blog Hay Derecho*, 9 de diciembre de 2018, 1-12. También en esta línea GARCÍA MAYO, M. (2019). Extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por la convivencia marital con un tercero. ¿y el interés del menor?, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero, 11 para quien «la mera convivencia marital del cónyuge —o miembro de la pareja en su caso— beneficiario del uso de la vivienda familiar con un tercero, no puede ser estimado, per se, como una causa de extinción del referido derecho, pues, no lo contempla, como tal el Código civil como si ocurre en otras legislaciones forales y extranjerías». A lo que añade que «en cualquier caso existen o no hijos menores, cuando se entienda que se ha producido una alteración sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento

de la atribución, podrá instarse un procedimiento de modificación de medidas que podrá terminar declarando la extinción del uso atribuido. Posibilidad, esta última, que se aleja de la consideración de la reiterada circunstancia como un causa de extinción automática».

¹²⁰ *Vid.*, la STS, Sala de lo Civil, 27 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4890).

¹²¹ El demandante D. Basilio interpuso demanda de modificación de medidas contra D.ª Nieves solicitando la extinción del derecho de uso de la vivienda que constituye el domicilio familiar a favor de la madre con hijos.

¹²² En esta línea, PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). «Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero», *Revista derecho de Familia*, núm. 82, enero-marzo (versión digital), 5.

¹²³ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero, *op. cit.*, 9.

¹²⁴ CUENA CASAS, M. (2018). La doctrina del TS sobre la extinción del derecho de uso de la vivienda familiar por convivencia marital con un tercero ¿Justicia a costa de legalidad?, *op. cit.*, 10, considera que la liquidación «contenciosa» se puede prologar a 10 años. Para PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). «Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero», *op. cit.*, 6 si se interpone un recurso de apelación contra la sentencia del inventario y otro recurso contra la sentencia de liquidación posiblemente señala «nos vamos a cuatro años, dándose la circunstancia que el uso estaba atribuido hasta la liquidación.

¹²⁵ LA LEY 37023/2018. Se convino por las partes que la atribución del uso de dos viviendas de las que son copropietarios ambos litigantes, tendría lugar hasta que se procediera la liquidación de la sociedad de gananciales. En el momento del divorcio las hijas del matrimonio eran mayores de edad e independientes. Ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo liquidatorio por la resistencia de la exesposa a poner fin a la comunidad patrimonial que ella misma había acordado, considera el Tribunal que esto constituye una modificación sobrevenida, sustancial y relevante de las circunstancias concurrentes que justifica la supresión de la atribución del uso de ambas viviendas, así como el desalojo de las mismas en la fecha de un mes desde la sentencia.

¹²⁶ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia del progenitor custodia con un tercero, *op. cit.*, 6 y 8, si bien, discrepa en que, no hace falta que la convivencia estable continúe en la actualidad, pues, basta con acreditar que esa convivencia en el domicilio familiar ha tenido lugar. *Vid.*, la SAP de Barcelona, secc. 18.ª, 10 de octubre de 2012 (*JUR* 2012, 369601) de la prueba aportada se constata la existencia de una relación estable y permanente en el tiempo.

¹²⁷ PÉREZ MARTÍN, A.J. (2019). Luces y sombras tras la STS de 20 de noviembre de 2018 que, extingue el uso de la vivienda por convivencia..., *op. cit.*, 9.

¹²⁸ *Vid.*, el artículo 233-24.2 b) del Código civil catalán que, posibilita en este supuesto tal extinción del uso. Asimismo, *Vid.*, la SAP Murcia, secc. 5.ª, 9 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 34610); y 15 de diciembre de 2009 (*JUR* 2010, 76302) en este caso la convivencia de la esposa con tercera persona sin que se le haya atribuido la guarda y custodia de los hijos determina el cese automático del uso y disfrute en exclusiva de la vivienda en el momento en que se liquide la sociedad de gananciales. Y, en la doctrina, ORDÁS ALONSO, M. (2019). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrente*, *op. cit.*, 544; SALAS CARCELLER, A. (2019). La introducción de otra persona en el domicilio familiar y sus consecuencias..., *op. cit.*, 3.

¹²⁹ ORDÁS ALONSO, M. (2019). *La atribución del uso de la vivienda familiar y la ponderación de las circunstancias concurrentes*, *op. cit.*, 552. Para DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. y CARAPEZZA FIGLIA, G. (2015). El derecho de uso de la vivienda..., *op. cit.*, 3411 optan por acudir al abuso del derecho y el enriquecimiento injusto.

¹³⁰ En esta línea, ORDÁS ALONSO, M. (2019). El matrimonio o convivencia marital con un tercero extingue el derecho de uso de la vivienda familiar: un halo de esperanza, *op. cit.*, 2; MÉNDEZ TOJO, R. (2019). Extinción de la atribución del uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges por convivencia con tercera persona..., *op. cit.*, 10.

1.3. Derechos reales

La función calificadora del registrador: errores y responsabilidad

The qualifying function of the registrar: errors and liability

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
Prof. Dra. Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: El registrador de la propiedad tiene una doble condición de funcionario y profesional. Sin embargo, solo se ve sometido a la responsabilidad por los errores cometidos en el desempeño de su función calificadora, donde actúa como profesional. No se puede olvidar que la función calificadora del registrador es uno de los soportes de la fe pública registral, pues aquellos derechos que el registrador inscribe tras su calificación positiva quedan bajo la salvaguardia de los tribunales y se tienen por ciertos y veraces (art. 38 LH). Luego, es normal que si el registrador inscribiera un derecho que no debiera, o viceversa, denegará la protección registral derivada de la inscripción a otro, esto supondría un perjuicio para su titular; del que debe responder el registrador.

Analizamos en este trabajo, los supuestos en los que el registrador incurre en tal responsabilidad cuando desempeña su función calificadora como profesional independiente y autónomo del Derecho.

ABSTRACT: *The Registrar of the property has a double official and professional status. However, he is only subject to liability for errors committed in the performance of his qualifying function, where he acts as a professional. It can not be forgotten that the qualifying function of the registrar is one of the supports of the public registry, since those rights that the registrar registers —after its positive qualification— are under the safeguard of the Court and are considered true (Article 38 LH). Then, it is normal that if the Registrar entered a right that should not, or vice versa, denied the registration to another, this would be a detriment to the owner and the liability of the Registrar starts. We analyze in this paper, the liability of the Registrar, as an independent and autonomous professional of the Law.*

PALABRAS CLAVE: Registro de la propiedad. Calificación registral. Responsabilidad civil. Registrador. Profesional independiente.

KEY WORDS: *Land register. Qualifying function. Public liability. Registrar. Independent professional.*

SUMARIO: I. FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRADOR: I.1. CONCEPTOS GENERALES.—II. DOBLE CONDICIÓN DEL REGISTRADOR: FUNCIONARIO Y PROFESIONAL.—III. RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR: III.1. EL REGISTRADOR ES UN FUNCIONARIO. III.2. EL REGISTRADOR ES UN EMPRESARIO. III.3. EL REGISTRADOR ES UN PROFESIONAL DEL DERECHO INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMO.—IV. PRINCIPALES SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR AL CALIFICAR: IV.1. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL REGISTRADOR. IV.2. PRINCIPALES SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.—V. MEDIDAS PREVENTIVAS Y PALIATIVAS ANTE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR.—VI. CONCLUSIONES.—VII. RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. FUNCIÓN CALIFICADORA DEL REGISTRADOR

I.1. CONCEPTOS GENERALES

Entendemos que la función principal del registrador es la calificación registral que le atribuye el artículo 18 LH y que basa o estructura toda la labor profesional del mismo.

La calificación registral o función calificadora de los registradores consiste en el examen que los mismos hacen de los títulos que se presentan a inscripción en el Registro, y que alcanza a examinar la formalidad extrínseca de aquellos, así como la capacidad de los otorgantes y la validez del acto que contiene, cuando el documento presentado se trate de una escritura pública.

La calificación registral es importantísima porque constituye uno de los aspectos del principio de legalidad registral que engloba, asimismo, la necesidad de titulación pública o auténtica en los documentos que se presenten a inscripción. Con estos dos requisitos, el principio de legalidad sirve o colabora a la publicidad registral, tanto al principio de legitimación (los derechos inscritos se presumen ciertos), como al de fe pública, haciendo oponibles los derechos y manteniendo en su adquisición al tercero hipotecario que adquiere conforme a lo que el Registro publica. Es decir, si los títulos que se presentan al Registro son públicos, quiere decir que ya han sido avalados bien por un notario, o por un juez o el funcionario pertinente, lo que ya les da garantía de su veracidad; pero, además, a través de la calificación registral, el registrador examina esos documentos presentados, con el fin de comprobar que no existe ningún defecto o impedimento para su inscripción; de forma que, si supera este doble filtro, lo más probable es que lo que publique el Registro sea cierto, y así pueda aseverarse frente a todos.

Luego, la calificación registral, como aspecto o componente propio del principio de legalidad, se convierte en uno de los pilares de la publicidad registral; de ahí su importancia. No es baladí que un registrador acierte o no en esa inscripción (en su calificación), pues de ello depende que el derecho que se va a inscribir y publicar sea tenido como cierto y oponible *erga omnes*. Luego, parece razonable que el registrador esté sometido a responsabilidad al llevar a cabo su función calificadora, pues las consecuencias de la misma inciden en la seguridad jurídica.

En este sentido, el artículo 18 LH afirma que «Los registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro».

El hecho de que los registradores califiquen «bajo su responsabilidad» indica que el registrador ejerce esta función de forma independiente y sometido a las consecuencias que sus posibles errores puedan ocasionar, sin que queden amparados por su condición de funcionarios, bajo el paraguas de la responsabilidad de la Administración, como a continuación examinaremos. Igualmente, implica que la calificación se basa en criterios y conocimientos jurídicos propios del registrador, y además, se cobra a través del correspondiente arancel registral sin que dependa de los presupuestos generales del Estado; es allí donde se pone de manifiesto con absoluta claridad la actuación del registrador como un profesional independiente del Derecho.

A pesar de ciertas reticencias, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria ya parecen coincidir en que la función de calificación registral no es una función judicial, sino que pertenece a la jurisdicción voluntaria¹, como también ha venido a confirmar la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015, tanto en su artículo 6, como en la propia Exposición de Motivos, en la que se afirma: «Se opta por atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento. Estos profesionales, que aúnan la condición de juristas y de titulares de la fe pública, reúnen sobrada capacidad para actuar, con plena efectividad y sin merma de garantías, en algunos de los actos de jurisdicción voluntaria que hasta ahora se encomendaban a los jueces».

Las características principales de la calificación registral según GÓMEZ GÁLLIGO son²: a) Exclusividad, solo ellos pueden llevar a cabo esta función (art. 8 LH); b) obligatoriedad, la ley le exige que lleve a cabo esta labor, sin que pueda eludirla; c) motivación, si deniega una inscripción, debe razonar y exponer los motivos de su decisión; d) globalidad, la calificación es global y unitaria, no caben calificaciones parciales; e) independiente, pues no está sometido en la misma a nadie, ni puede consultar sobre la misma a la DGRN, eso sí, sometido al principio de legalidad, es un profesional totalmente autónomo e independiente en esa calificación; f) responsable, como el registrador es autónomo e independiente en su calificación, de igual manera debe responder por los daños ocasionados al calificar erróneamente, es una «responsabilidad atribuida personalmente al registrador», él responde, y no la Administración.

Esto puede sorprender porque el registrador también es un funcionario público ¿cómo se compaginan estos dos aspectos del registrador a la hora de determinar cuándo incurre en responsabilidad?

Vemos a continuación esa doble condición del registrador, para analizar después como responde en virtud de cada una de ellas.

II. DOBLE CONDICIÓN DEL REGISTRADOR: FUNCIONARIO Y PROFESIONAL

El registrador, además de un profesional independiente, cuya misión es precisamente la de calificar los documentos que se le presentan a inscripción, tal y como acabamos de analizar, es un funcionario público³ (arts. 274 LH y, 536 y sigs. RH), que accede a su puesto a través de la correspondiente oposición, que depende jerárquicamente de la Dirección General de los Registros y del Notariado y que, en su labor cotidiana, este carácter funcional, a cargo de un servicio

público (oficina del Registro, para dar fe pública), se pone de manifiesto, probablemente, con más impacto cuando actúa como liquidador de impuestos, a través de las oficinas liquidadoras establecidas en determinados registros.

Su doble carácter de profesional y funcionario ha quedado plenamente confirmado a través de diversos textos. Cabe destacar la Exposición de Motivos del RD 1998 de reforma del Reglamento Hipotecario que modificó —entre otros— el propio artículo 536 RH, del que se extrae el doble carácter de funcionario-profesional, donde se dijo que: «Es principio inspirador de la reforma el aprovechar, por razón de interés general, el doble carácter de profesional derecho y funcionario público que ostenta el registrador; carácter profesional que, como es obvio, no es incompatible con la dimensión funcional del registrador en aquellas materias vinculadas desde su origen con la condición de funcionario público como es la llevanza de las oficinas liquidadoras del Distrito hipotecario, cuya titularidad corresponde al registrador en su carácter de funcionario público...». De igual forma, el Tribunal Supremo en sentencia 24 de octubre de 2000 destacó el doble aspecto de la función registral, afirmando que «si bien el titular del Registro no se identifica de manera absoluta con la condición de funcionario, no puede calificarse tampoco su actividad como una actividad privada». El dictamen del Consejo de Estado de 21 de octubre de 1999 subraya también el doble carácter de la función del registrador (profesional y funcionario), y atribuye, como veremos a continuación, distinta responsabilidad (personal y patrimonial del Estado) a cada una de estas facetas, ya que señala que «la responsabilidad personal de los registradores de la propiedad y mercantiles es una pieza del régimen específico a que están sometidos estos funcionarios públicos», y añade a continuación que «tal estricto carácter de independencia funcional conlleva lógicamente que se les imponga una responsabilidad civil por las consecuencias del ejercicio de esas funciones registrales; pero esta responsabilidad personal por el ejercicio profesional de sus funciones no es incompatible con la responsabilidad patrimonial del Estado, y no la excluye en modo alguno cuando el registrador actúe como funcionario, normalmente en «el desenvolvimiento administrativo de los Registros como servicios públicos; ...de las oficinas públicas que carece del acusado carácter personalísimo de las típicas funciones de calificación y decisión registral»⁴. Más tarde incidiremos sobre este asunto.

Puede decirse que este doble carácter, estas dobles funciones y actuaciones del registrador y, en consecuencia, esta doble responsabilidad que aquellas pueden generar, se puede resumir, como acertadamente hace la Ley (hipotecaria), en el desarrollo del «ejercicio profesional de la función pública» por parte del registrador (art. 227. LH).

Sin embargo, hemos de destacar que en su principal función, la calificación registral, el registrador, en todo caso, ejerce como un profesional del Derecho, bajo su responsabilidad, y, en este caso, el mal desempeño de sus obligaciones calificadoras debe originar solo la responsabilidad personal del registrador, tal y como prevé la propia Ley Hipotecaria, y que es el objeto de este trabajo.

III. RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

III.1. EL REGISTRADOR ES UN FUNCIONARIO

Los registradores están sometidos a un régimen especial en el desempeño de sus funciones (con independencia y bajo su responsabilidad), no se incorporan

dentro de la Administración del Estado, no cobran de los presupuestos generales del Estado sino de sus propios aranceles, lo que nos conduce a apartarnos de poder calificar a los registradores como funcionarios públicos sin más, o al menos, como un típico funcionario.

En este sentido, es significativa la SAP Asturias de 23 de marzo de 2015 que niega el carácter de funcionario tradicional de registradores y notarios, rechazando incluso la subordinación jerárquica con la Dirección General del Ministerio de Justicia —al menos en su actuación como profesionales—, aduciendo que «tanto en materia de autorización de escrituras por el Sr. notario como de calificación por el Sr. registrador ...vertebradoras de sus respectivas funciones se realizan por ambos bajo su exclusiva responsabilidad».

Si se trata más bien de auténticos profesionales que ejercen su función pública, y que su labor principal (en la calificación) es netamente de carácter particular y profesional, es difícil colegir que de ella se derive una responsabilidad pública de la Administración del Estado por los daños derivados de su mala gestión o función⁵. En consecuencia, parece que hay que reconducir la responsabilidad del registrador a una responsabilidad personal (art. 1911 CC) por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de sus obligaciones como profesionales, eliminando la responsabilidad de la Administración, pues esa faceta queda realmente desdibujada.

No les serían aplicables, por tanto, ni la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo⁶, ni el Reglamento en materia de responsabilidad de las administraciones públicas (RD 429/1993 de 26 de marzo), ni en consecuencia, aunque jerárquicamente dependan de una dirección general del Ministerio de Justicia, de la LOPJ, Ley 6/1985, de 1 de julio⁷. Como dice PARRA LUCÁN, «Notarios y registradores tienen en común el que en su estatuto profesional aparecen de forma concurrente un elemento público y un elemento privado, en el sentido de que ambos son funcionarios pero ejercen su función como profesionales. Esto significa, fundamentalmente, como expondré más adelante, que no pueden deducirse la responsabilidad patrimonial de la Administración por los errores cometidos por notarios o por registradores en el desempeño de su función, puesto que incurren en una responsabilidad personal y propia».

El Tribunal Supremo ha dejado entender que dicha responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal de servicio público no cabe cuando existe un error cometido por el notario y/o registrador. En concreto, para los notarios lo ha afirmado expresamente, por ejemplo, en la STS de 13 de octubre de 1988⁸, y para los Registradores, aunque no lo dice expresamente, lo deja intuir en la STS de 22 de marzo de 1995 (sala de lo contencioso) donde declara que el Estado no debe responder frente a quien pierde su derecho de propiedad por aplicación del artículo 34 LH, y en la STS de 9 de enero de 2001, donde afirma el Alto Tribunal que la Administración no debe responder ante una falta de información que no se probó por parte del registrador. Si bien, y como apunta PARRA LUCÁN⁹, esta sentencia elimina la responsabilidad del Registrador porque no se probó su negligencia, sin querer entrar en añadir o afirmar que tampoco la Administración del Estado debe responder por ese, en su caso, mal funcionamiento del Registro como oficina pública, cuando el registrador actúa bajo su responsabilidad, tal y como dice claramente la Ley Hipotecaria.

Entendemos y compartimos la tesis de PARRA LUCÁN, y se hace muy complicado colegir una responsabilidad de la Administración, desde luego, cuando ejercitan su función propia como profesionales (calificando); aunque es

posible que cupiera o incluso a veces sería bueno que se tuviera presente una posible responsabilidad objetiva de la Administración en determinados casos en los que se cause un daño al ciudadano que no sea estricta consecuencia de la negligencia del registrador en sus funciones, si no más global, debido al anormal funcionamiento del servicio público que dirigen. Esta autora, en determinados casos, y analizando la STS (contencioso) de 22 de marzo de 1995 —ya citada—, afirma que a veces sí sería aconsejable para conseguir la seguridad jurídica preventiva, admitir esa responsabilidad objetiva de la Administración, en supuestos que escapan a la estricta negligencia de los notarios y registradores, pero que causan un daño¹⁰. En el mismo sentido se ha levantado alguna voz en la doctrina sobre daños causados a un particular por fallos informáticos del propio Registro, y no tanto de la negligencia del registrador o del notario¹¹.

Pues bien, eliminada la responsabilidad de la Administración por los daños cometidos en su función propia por los «funcionarios» registradores, solo queda poner de relieve que, por su carácter de funcionarios, sí que están especialmente sometidos a un régimen disciplinario, ante la DGRN, su superior jerárquico, y que la desobediencia o incumplimiento de sus obligaciones como subordinado, generan una especial responsabilidad disciplinaria en estos cuerpos, con las correspondientes sanciones tal y como recogen los artículos 313-318 LH y 563-584 RH. Este régimen disciplinario escapa al objetivo de este trabajo, donde se pretende analizar solo la responsabilidad civil en la calificación registral.

III.2. EL REGISTRADOR ES UN EMPRESARIO

Además de funcionarios, los registradores ejercen su función pública como profesionales del Derecho, y en equivalencia a los profesionales liberales que, a su vez, tienen a su cargo una serie de empleados que trabajan en sus oficinas (Registro), que dependen económica y laboralmente de ellos, pues sus salarios se establecen en función del arancel percibido por dicha oficina.

En este sentido, podemos decir que los registradores son empresarios y que como tales responderán de los daños producidos por sus empleados en el ejercicio de sus funciones, tal y como establece con carácter general el artículo 1903.3 del Código civil, en uno de los supuestos más objetivados de la responsabilidad extracontractual subjetiva por hecho ajeno, basada en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

La responsabilidad en que en su caso puedan incurrir los registradores como empresarios no difiere en nada de la de otros empresarios de cualquier tipo, siempre que se den los presupuestos para que esta responsabilidad opere: a) Relación de dependencia entre el registrador y el empleado, que normalmente se cumple al ser empleados laborales. b) Ocasionalidad, siempre que el empleado esté en el ejercicio y desempeño de sus funciones. c) Culpa del empleado, que actúe con dolo o negligencia y esa actuación culpable sea la causa del daño producido.

Para los registradores, el artículo 558 RH establece que los empleados del Registro desempeñan sus labores «bajo la exclusiva responsabilidad» del registrador y «siempre bajo el régimen una relación laboral».

Este tipo de responsabilidad tampoco se va a examinar en este trabajo, remitiéndonos a los estudios generales del tema sobre responsabilidad del empresario¹².

III.3. EL REGISTRADOR ES UN PROFESIONAL DEL DERECHO INDEPENDIENTE Y AUTÓNOMO¹³

Por último, y como consecuencia de su doble carácter de funcionario y profesional del Derecho, debemos abordar la responsabilidad, a mi modo de ver, principal en que puede incurrir un registrador: la responsabilidad derivada del ejercicio profesional de su función pública, es decir, aquella en la que incurre un registrador cuando comete un error o un fallo en la calificación de los documentos públicos y su inscripción en el Registro —actuando como profesional del Derecho— y dicha actuación negligente produce un daño en el ciudadano o particular interesado en la misma.

Esta es una responsabilidad de carácter personal y patrimonial, del 1911 del Código civil, como todo deudor que responde de sus deudas con su patrimonio, y sea por una obligación de indemnizar el daño causado contractualmente a su cliente, o extracontractual cuando el daño se ha producido a un tercero o persona con la que no se está previa y contractualmente vinculado.

IV. PRINCIPALES SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR COMO PROFESIONAL AL CALIFICAR

IV.1. CARACTERÍSTICAS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL REGISTRADOR

Como ya hemos dicho, la responsabilidad principal del registrador deriva de su función calificadoradora, y si esta la ejerce con libertad y autonomía, como así es, de esa actuación, lógicamente, se deriva su principal responsabilidad: responde por los daños producidos como consecuencia de sus errores en la calificación.

La responsabilidad del registrador está expresamente contemplada y regulada en la ley, en concreto en los artículos 296 a 312 de la Ley Hipotecaria¹⁴. El registrador actúa «bajo su responsabilidad», y esa responsabilidad —como ya dijimos— es personal y patrimonial (art. 1911 CC), no cabiendo —como también ocurre en el caso de los notarios— una responsabilidad de la Administración¹⁵. Y esa responsabilidad se ve claramente en su principal función que es la calificación (art. 18 LH), o por ejemplo en la cancelación (art. 99 LH), donde expresamente se menciona que realizan esas actuaciones «bajo su responsabilidad».

Antes de analizar los supuestos concretos de su responsabilidad, previstos en el artículo 296 LH, conviene que nos detengamos en analizar qué tipo de responsabilidad tienen los registradores, si se trata de una responsabilidad contractual, o por el contrario extracontractual del 1902 del Código civil.

La propia ley, al establecer un plazo de prescripción de un año para reclamar la responsabilidad del registrador, parece inclinarse por la naturaleza extracontractual de la misma, en conformidad con el artículo 1968.2 del Código civil. Ello unido al hecho de que el registrador no tiene exactamente clientes a los que está previamente vinculado por un arrendamiento de servicios, pues el cliente no elige su Registro ni su registrador, parece eliminar la responsabilidad contractual. En este sentido se han manifestado parte de los autores, bastando por todos, la opinión de PARRA LUCÁN¹⁶ que afirma que el fijar un plazo «de prescripción de un año para la acción de indemnización, lo que elimina, a favor del registrador, cualquier polémica acerca del carácter contractual... o extracontractual del registrador».

Sin embargo, también existe alguna voz contradictoria, que aboga por la posibilidad de una responsabilidad contractual del registrador con la persona

que solicita la inscripción en el Registro. En este sentido, así parece defenderlo SALAS CARCELLER¹⁷, que inicia su argumento diferenciando el tercero que resulta perjudicado por la acción u omisión del registrador, de aquel que contacta y solicita sus servicios, aunque concluye que se trata más bien de una responsabilidad extracontractual aduciendo los mismos argumentos ya expuestos.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no clarifica en ninguna de sus resoluciones la naturaleza de dicha responsabilidad, al menos no directamente, sin embargo, en las ocasiones en las que ha tenido que pronunciarse sobre la misma se refiere a ella como responsabilidad extracontractual. Baste ver, por ejemplo, la STS de 2 de diciembre de 2010, en la que se afirma que «el artículo 296 LH establece la responsabilidad civil de los registradores de la propiedad de los daños y perjuicios que ocasionen por la falta de inscripción de los títulos, por error o inexactitud de los asientos...La jurisprudencia interpreta estos preceptos con arreglo al principio de resarcimiento universal del daño causado mediante culpa o negligencia, cuya aplicación debe hacerse al amparo del artículo 1902 del Código civil examinando si concurren los presupuestos de un daño o un interés jurídicamente protegido por el Derecho, culpa o negligencia del agente y nexo de causalidad entre la conducta de este y el daño que permita su imputación». En el mismo sentido, inciden las SSTs de 18 de mayo de 2006, 15 de marzo de 2006, o 23 de enero de 2008, esta última manifiesta que la responsabilidad legal del registrador de la propiedad frente a los titulares de bienes y derechos protegidos por el Registro exige la concurrencia de los mismos requisitos propios de la responsabilidad extracontractual».

Podemos concluir, entonces, que la responsabilidad del registrador es extracontractual, y no contractual, con base en los argumentos ya expuestos que repletimos a modo de recapitulación:

- No existe previa vinculación contractual entre el registrador y el que solicita la inscripción, debido a la demarcación territorial de los Registros. El que solicita la actuación del registrador, no lo elige, sino que la ley le obliga a contactar con un registrador determinado; luego el arrendamiento de servicios parece que no es posible.
- La ley establece claramente que el plazo de prescripción de la acción para reclamar la responsabilidad del Registrador es de un año, asimilándolo claramente con la acción de responsabilidad extracontractual del 1968 del Código civil.
- La ley establece los supuestos concretos que generan responsabilidad del registrador, desdibujando de este modo, una responsabilidad contractual, por el desempeño de servicios.
- La jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica y exige los requisitos de la responsabilidad extracontractual para el registrador, y así la califica en diversas sentencias.

Como acabamos de explicar, el Alto Tribunal cataloga la responsabilidad del registrador como extracontractual y, en consecuencia, exige la constancia y existencia de todos los requisitos de esta para poder afirmar que el registrador responde.

Estos requisitos, los deja claros la STS de 23 de enero de 2008, en un caso en el que al final resuelve el Tribunal, diciendo que no hay responsabilidad del registrador porque falta uno de ellos, ya que no hay daño, y son los siguientes:

«La responsabilidad legal del registrador de la propiedad frente a los titulares de bienes y derechos protegidos por el Registro exige la concurrencia de los mismos requisitos propios de la responsabilidad civil extracontractual; y, en consecuencia: a) Que exista acción u omisión culposa o negligente, a lo que se añade en este caso la simple actuación errónea siempre que sea imputable directamente al registrador y no venga determinada por circunstancias ajenas a su propia actuación, cuya vigilancia no le competa por razón de su profesión; b) Daño o perjuicio para un tercero, concretado legalmente en la pérdida de un derecho real o de la acción para su reclamación; y c) Relación de causalidad entre los anteriores elementos, de modo que el daño o perjuicio experimentado venga causalmente determinado por aquella actuación del registrador. Tales requisitos son todos ellos de necesaria concurrencia».

Al leer esta sentencia, podemos comprobar que no se exige el requisito de la «culpa o negligencia» propia de la responsabilidad extracontractual subjetiva, y es que, probablemente debido a que los supuestos de responsabilidad están recogidos en la ley, siempre que se produzca ese hecho que la ley recoge, se incurre en responsabilidad, sin necesidad de probar la culpa o negligencia del registrador. Todo ello conduce a calificar la responsabilidad del registrador como objetiva. Estamos de acuerdo con SALAS CARCELLER¹⁸, en el sentido de que a pesar de esa objetivación (si se da el supuesto legalmente establecido, hay responsabilidad, y el demandante no deberá probar nada más que el acto, daño y nexo causal), subyace cierta negligencia del registrador, pues comete esos errores que causan el daño; parece que sí es necesario que se le pueda imputar el error o la omisión, y que si no fuera así, no respondería. Esto es lo que parece indicar asimismo el artículo 300 y 301 LH, que exige «el error, malicia o negligencia del registrador», para tener que indemnizar a quien pierde un derecho o se ve perjudicado por la liberación errónea de una carga.

IV.2. PRINCIPALES SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

En el artículo 296 LH se recogen los supuestos específicos en los que incurre el registrador en responsabilidad, y en los siguientes artículos se establecen otros supuestos reconducibles al 1902 CC¹⁹.

De este modo, y según establece el artículo 296 LH, el registrador responderá:

- «1.º Por no asentar en el Diario, no inscribir o no anotar preventivamente en el término señalado en la Ley los títulos que se presenten en el Registro.
- 2.º Por error o inexactitud cometidos en inscripciones, cancelaciones, anotaciones preventivas o notas marginales.
- 3.º Por no cancelar sin fundado motivo alguna inscripción o anotación, u omitir el asiento de alguna nota marginal, en el término correspondiente.
- 4.º Por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y los requisitos que exige esta Ley.
- 5.º Por error u omisión en las certificaciones de inscripción o de libertad de los inmuebles o derechos reales, o por no expedir dichas certificaciones en el término señalado en esta Ley».

Como ya hemos dicho no se trata de un elenco cerrado o tipificado, sino que a lo largo de la propia Ley encontramos otros supuestos que también generan responsabilidad del registrador. En primer lugar, entendemos que siempre que

se produzca un daño por una mala calificación por parte del registrador, este debe responder, pues califica «bajo su responsabilidad» (arts. 18, 99 y 100 LH), lo mismo cuando yerra en las notas de información continuada que también se hacen bajo su responsabilidad; o cuando responde por los actos del registrador sustituto (art. 299 LH); igualmente en los supuestos 300 y 301 en los que, por negligencia del registrador, una persona puede perder un derecho real, o verse perjudicado por la errónea liberación de una carga a favor de otro; o un asiento de inmatriculación nulo; una doble inmatriculación que cause perjuicios...

En general, fuera de los supuestos concretos establecidos legalmente, puede haber una responsabilidad del registrador; si bien, entendemos que, en estos casos, sí debe quedar clara su culpa, negligencia, error o malicia. Es decir, fuera de los casos expresamente previstos en la ley, la responsabilidad del registrador se hace más subjetiva, y entendemos que habría que probar la culpa del registrador por quién la alega.

V. MEDIDAS PREVENTIVAS Y PALIATIVAS ANTE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD DEL REGISTRADOR

Cuando se produce alguno de los supuestos en los que el registrador incurre en responsabilidad, en su función calificadora, sea alguno de los expresamente contemplados en la Ley, o cuando se produzca un error o negligencia de carácter más subjetivo en la calificación, los registradores tendrán que indemnizar el daño causado.

Para ello, y de forma preventiva, los registradores están obligados a prestar fianza para hacer frente a esas posibles indemnizaciones que deban abonar por el ejercicio negligente de sus funciones. Así lo dice claramente el 283 y 296 LH, «el registrador responderá en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen».

La fianza está muy bien desarrollada en la Ley Hipotecaria. De este modo, si un registrador no prestara fianza, no puede tomar posesión de su cargo (art. 282 LH) y si no la repusiera o completara cuando tuviera que indemnizar, ese registrador incurriría en responsabilidad disciplinaria y podría ser suspendido de su cargo (art. 307 LH).

La fianza puede constituirse en metálico, efectos públicos o sobre fincas del interesado (art. 523 RH). Si el registrador fuera condenado a indemnizar, y la fianza no fuera suficiente, deberá reponerla el registrador o dar suficiente garantía (art. 307 LH); si fueran varios los reclamantes, se distribuirá la fianza a prorrata ente ellos (art. 306 LH), y si con la fianza no fuera suficientes, ya hemos dicho que responderá el registrador con sus propios bienes (art. 296 LH), y podrá en consecuencia decretarse una anotación preventiva sobre los mismos para el cumplimiento de dicha obligación de indemnización si, al admitirse la demanda de indemnización, la fianza no fuera suficiente (art. 309 LH).

El Colegio de Registradores puede constituir una fianza de carácter colectivo que sustituya a los individuales de los registradores (art. 520 RH), que es de hecho lo que ha pasado en la práctica.

Normalmente, la responsabilidad del registrador es individual y autónoma como corresponde a su propia función calificadora que goza de esos mismos caracteres, pero existe un supuesto especial en el que el registrador responde solidariamente con otra persona, el del artículo 302 LH, en virtud del cual, el registrador responderá con aquella que resulte favorecida por la errónea liberación

de cargas sobre una finca. Por ejemplo, el adquirente de finca libre de cargas cuando se canceló o liberó erróneamente una todavía existente. En estos casos, esta persona responde con el registrador de forma solidaria frente al perjudicado. Sin perjuicio de que si responde el registrador por todo, tenga su acción de repetición ante el mismo, por el importe de lo pagado.

Si el registrador incurre en alguno de los supuestos de responsabilidad examinados, deberá hacer frente al pago de los daños causados, siempre que le sean reclamados por el perjudicado. Para ello, la ley establece que la responsabilidad civil del registrador se solicita a través de la acción de responsabilidad extracontractual del 1902 del Código civil, y se tramitará ante el Tribunal o Juzgado a que corresponda el Registro demandado (art. 303 LH), y ese Tribunal dará traslado de la demanda y en su caso de la sentencia que recaiga ante la DGRN. (art. 312 LH).

Esta acción para reclamar la indemnización correspondiente tiene un plazo de prescripción de un año, como ya hemos dicho, pero con cierta especialidad que hay que examinar. El artículo 311 LH establece «La acción para pedir la indemnización de los daños y perjuicios causados por los actos de los registradores prescribirá al año de ser conocidos los mismos perjuicios por el que pueda reclamarlos y no durará en ningún caso más tiempo que el señalado por el Código Civil para la prescripción de las acciones personales, contándose desde la fecha en que la falta haya sido cometida».

Queda claro que el plazo es de un año a contar desde que se conoció el daño por el perjudicado demandante, al igual que el plazo del 1968.2 del Código civil para las acciones de reclamación de indemnización de responsabilidad extracontractual, general. ¿Por qué añade que no durará más que las acciones personales? El plazo de prescripción de las acciones personales que no tienen señalado otro plazo es de 5 años, tal y como establece el artículo 1964 del Código civil. ¿Hemos de entender con ese otro plazo que cabe también otra acción de indemnización de carácter contractual? ¿Qué significado tiene la segunda parte del artículo 311 LH?

Como dice SALAS CARCELLER²⁰, se establece un doble plazo: el amplio de 15 años (ahora 5 tras la reforma de la LEC 2015), que es el de las acciones personales, transcurrido el cual ya no podrá exigirse la responsabilidad aunque el perjudicado siga ignorando el daño causado, y el reducido de un año a partir del momento en que lo conoció. Es decir, si han pasado 20 años, y entonces se descubre el daño o perjuicio, ya no podrá interponerse la acción, pero si no ha pasado ese plazo amplio, desde que se conoce, el perjudicado tiene un año para interponerla.

Hay que subrayar por tanto que no se está dando cabida a dos tipos de acciones, que podrían indicar dos tipos diferentes de responsabilidad, pues ya hemos dicho que no cabe la responsabilidad contractual del registrador.

La jurisprudencia, tal y como pone de manifiesto PARRA LUCÁN²¹, ha interpretado de forma un tanto amplia el momento del conocimiento del perjudicado, entendiéndolo que debe producirse un conocimiento real, «pleno conocimiento» del perjudicado, que no siempre coincide con el momento objetivo en que se pudo conocer²². En este sentido, se hace la misma interpretación extensiva del propio 1968.2 del Código civil, que se ha ido estirando por nuestros Tribunales para favorecer el cobro de las indemnizaciones por los perjudicados.

A la vista de lo expuesto, debe quedar claro que el registrador, como cualquier otro profesional, está sometido a la responsabilidad derivada de su actuar negligente o doloso, al calificar, recogido de forma expresa en la Ley, debiendo indemnizar los daños producidos por su mal hacer, a los perjudicados.

La responsabilidad civil del registrador está estrechamente vinculada a su función calificadora como profesional independiente del Derecho, pues de esta deriva y en ella encuentra su base.

VI. CONCLUSIONES

I. El registrador tiene una doble condición de funcionario y profesional independiente del Derecho.

II. Pero, su principal función, que es la calificación registral, la ejercita como profesional independiente, pues son características de esta el ejercerlas con libertad, autonomía y responsabilidad.

III. Esta función calificadora es importantísima pues es contenido del principio de legalidad registral que, a su vez, es pilar de la publicidad registral; luego los errores cometidos en la calificación afectan a los terceros.

IV. Por eso, el registrador, como profesional independiente, en su función calificadora responde forma personal de los daños producidos por los errores en su calificación.

V. Esta responsabilidad es extracontractual y objetiva (pues esta prevista en la ley), aunque puede que en algunos casos sea subjetiva debiendo analizarse la negligencia del registrador.

VI. No existe responsabilidad de la Administración por los errores del registrador, pues la calificación no la ejerce como funcionario.

VII. Todo ello da lugar a que sea necesario establecer una serie de medidas preventivas (como la fianza), o paliativas (como la acción de responsabilidad civil) para hacer frente a las indemnizaciones correspondientes que tuvieran que pagar los registradores por sus errores en la calificación.

VIII. En consecuencia, no se puede desligar la responsabilidad del registrador de su función calificadora, pues deriva estrictamente de esta.

VII. RESOLUCIONES CITADAS

1. SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Zamora de 1 de diciembre de 2000
- SAP de Baleares de 14 de octubre de 2002
- SAP de Cáceres de 12 de abril de 2004
- SAP de Asturias de 23 de marzo de 2015

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 13 de octubre de 1988
- STS de 21 de abril de 1992
- STS de 22 de marzo de 1995 (contencioso)
- STS de 21 de noviembre de 1997
- STS de 19 de febrero de 1998
- STS de 13 de octubre de 1998
- STS de 22 de mayo de 2000
- STS de 24 de octubre de 2000

- STS de 9 de enero de 2001
- STS de 15 de marzo de 2006
- STS de 18 de mayo de 2006
- STS de 23 de enero de 2008
- STS de 2 de diciembre de 2010
- STS de 18 de marzo de 2014

3. RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 26 de junio de 1986
- RDGRN de 6 de junio de 1991

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS ALONSO, M. (2003). La responsabilidad civil de Registradores y Notarios. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 67-132.
- DÍAZ VALES, F. (2016). La responsabilidad civil del registrador de la propiedad: naturaleza y conductas que la originan. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 6, 6-29.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2002). Responsabilidad del Registrador de la Propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa. *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año 21, núm. 86, 251.278.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. (2014). *Responsabilidad civil del registrador*. Madrid: Colegio de Registradores.
- GALINDO GIL, M.D. (2014). Un funcionario que no cumple y una Administración que no controla. *El Confidencial*, 6 de junio de 2014, disponible en: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ecd24a80-d4c6-4cd2-9edf-adcf7dc08d90&groupId=10218.
- GARCÍA PRESAS, I. (2009). Sentencia de 2 de marzo de 2009: Responsabilidad civil del Registrador como consecuencia de la práctica irregular de una anotación preventiva demanda derivada de un negocio de *fiducia cum creditore*. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Núm. 81, 1301-1326.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2009). La calificación registral. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 159, 1577-1619.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2016) La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados: análisis de su evolución hasta nuestros días, en *Responsabilidad Empresarial*, Monterroso Casado, E. (Dir.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2009). La responsabilidad del Registrador en el ejercicio de la función calificadora: su necesaria persistencia en beneficio del usuario. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 156, 727-747.
- PARRA LUCÁN, M.A. (2007). Las responsabilidades civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (Coord). Madrid: Dykinson, 821-864. Disponible en <https://vlex.es/jurisdictions/ES>, 1-64.
- PRETEL SERRANO, J.J. (2009). La calificación registral y su alcance. *RCDI*, núm. 712, 721- 758.
- SALAS CARCELLER, J.A. (2007). La responsabilidad civil de los abogados, de los procuradores, y Notarios y Registradores de la propiedad. *SEPIN*, septiembre.

disponible en <https://www.sepin.es/procuradores/VerDoc.asp?referencia=SP%2FDOCT%2F3444&cod=0010fA1DE0HG0Lj1iR0H601g0GB09Q03D0l%2F07b01i00r07b0Le1iX0JQ01g1yi0GL0FX2AG0GU2MQ1jK#19873651>.

VILLAR GONZÁLEZ, S. Y MOLLAR PIQUER, M.P. (2013). La responsabilidad del notario por actos de sus empleados, disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/154526/71152.pdf?sequence=1>.

NOTAS

¹ En este sentido véase las STS de 22 de mayo de 2000; RRDGRN de 26 de junio de 1986 y 6 de junio de 1991, así como GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2009). La calificación registral. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 159, 1578-1579; PRETEL SERRANO, J.J. (2009). La calificación registral y su alcance. *RCDI*, núm. 712, 733-735.

² GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2009). La calificación registral. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 159, 1579-1580.

³ Artículo 274.2 LH: «Los registradores de la propiedad tienen el carácter de funcionarios públicos para todos los efectos legales y tendrán tratamiento de Señoría en los actos de oficio».

Artículo 536 RH: «Los registradores de la propiedad y mercantiles ejercen profesionalmente, bajo su responsabilidad, las funciones públicas atribuidas por las leyes en general, y en particular por la legislación hipotecaria y mercantil, y en virtud del carácter de funcionarios públicos que les reconoce el artículo 274 de la Ley Hipotecaria, tienen los derechos reconocidos por las leyes administrativas. Como funcionarios públicos serán titulares indisolublemente de las Oficinas Liquidadoras de Distrito Hipotecario que vengan determinadas en la demarcación registral».

⁴ En contra de la posibilidad de una responsabilidad patrimonial de la administración por anormal funcionamiento de un servicio público, por actos de un registrador, como luego se desarrollará, véase a PARRA LUCÁN, M.A. (2007). Las responsabilidades civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (Coord). Madrid: Dykinson, 821-864. Disponible en <https://vlex.es/jurisdictions/ES>, 1-64.

⁵ Véase igualmente SAP Asturias de 23 de marzo de 2015 citada, que dice: «Es decir en materia de calificación es evidente que el registrador no actúa la personalidad de la Administración General del Estado sino su propia personalidad civil de la que es, por tanto, civilmente responsable, no surgiendo de su conducta calificadora en ningún caso la responsabilidad administrativa que se concreta en la responsabilidad patrimonial del Estado. La evidencia de tal régimen específico de responsabilidad deriva de los artículos 296 y sigs. de la LH que a tal efecto resultan inobjetables y fue refrendada por el decisivo Dictamen del Pleno del Consejo de Estado de 15 de octubre de 1999 que solo residualmente considera que pueda surgir del servicio registral la responsabilidad patrimonial del Estado: la calificación genera exclusivamente la responsabilidad civil del Registrador si bien, excepcionalmente, puede haber supuestas deficiencias organizativas del servicio determinantes de la responsabilidad del Estado».

⁶ Artículo 139 LRJAP: Principios de la responsabilidad:

«1. Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor; siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos».

⁷ Artículo 292. LOPJ:

«1. Los daños causados en cualesquiera bienes o derechos por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán a todos los perjudicados derecho a una indemnización a cargo del Estado, salvo en los casos de fuerza mayor, con arreglo a lo dispuesto en este Título».

⁸ Véase la STS de 13 de octubre de 1998: «La doctrina y conclusiones incorporadas en los dos fundamentos anteriores nos obliga a advertir, al objeto de no crear falsas expectativas, que esos principios generales que hemos proclamado en orden a delimitar o precisar el carácter revisor de nuestra jurisdicción, *no conllevan ni comportan en forma alguna la afirmación de que la Administración Pública deviene responsable* directo o mediato, de modo sistemático, de los perjuicios cuestionados en el proceso, pues no cabe desconocer que el Notariado constituye una profesión liberal que, con autonomía e independencia, ejerce funciones públicas, sin recibir sus retribuciones de los presupuestos estatales, a la que, por ende y en la actualidad, podría, en su caso, serle imputada la responsabilidad directa e inmediata, para la cual precisamente tiene su propio sistema de cobertura, y cuya exigencia parece igualmente que ha de promoverse, *cual además ha efectuado el propio recurrente, ante la Jurisdicción Civil*, todo ello sin perjuicio de que nunca podrá prescindirse del hecho cierto de que estamos en presencia del desempeño de funciones públicas, con las consecuencias inherentes a tal circunstancia cuando a ello hubiere lugar».

⁹ Véase PARRA LUCÁN, M.A. (2007). Las responsabilidades civil de Notarios y Registradores. Estudio jurisprudencial, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Moreno Martínez, J.A. (Coord). Madrid: Dykinson. Disponible en <https://vlex.es/jurisdictions/ES>, 25.

¹⁰ Véase PARRA LUCÁN, M.A., *ob. cit.*, 39. Al analizar la STS contencioso 22 de marzo de 1995, en la que se produce el hecho de que resulta protegido un tercero hipotecario del artículo 34 LH, que adquiere de quien, suplantando al verdadero propietario y titular registral, logró la inscripción de una escritura que contenía una falsedad documental. Y afirma esta autora: «Como no me parece razonable considerar más digno de protección el interés del tercero que adquiere y es protegido por el artículo 34 LH —suponiendo que en el caso se den todos los presupuestos para ello— que el del propietario original despojado, que había inscrito también, considero preferible apoyar un camino que lleve a afirmar la responsabilidad de quien define este sistema, el Estado, que da lugar a deficiencias que no tiene por qué soportar un sujeto particular que ha confiado en la llamada seguridad jurídica preventiva. La responsabilidad del Estado, por tanto, no derivaría de la responsabilidad de una actuación negligente de un Registrador (que en el caso no se da y que, concurriendo, debería dar lugar a su sola responsabilidad personal), sino más bien del deficiente funcionamiento de la seguridad jurídica preventiva organizada por el Estado. Pero la sentencia, como ya he dicho, no se hace eco de este planteamiento».

¹¹ En este sentido GALINDO GIL, M.D. (2014), en su artículo Un funcionario que no cumple y una Administración que no controla, *El Confidencial*, 6 de junio de 2014, disponible en: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=ecd24a80-d4c6-4cd2-9edf-adcf7dc08d90&groupId=10218. Aborda la posibilidad de que el Estado responda por el daño causado a un ciudadano ante los fallos de los sistemas informáticos del Registro de la Propiedad (más bien estaba sin informatizar) que impidieron que la información de una anotación de embargo enviada a través de fax llegará a tiempo al notario autorizante de la escritura de compraventa en cuestión. Este tema es el abordado en la STS de 18 de marzo de 2014, en la que se condena a un notario a indemnizar con 2.450.000 euros a favor de la empresa otorgante de una escritura pública de compraventa porque aquel no le proporcionó la certeza sobre la inexistencia de un embargo sobre el inmueble adquirido, cuando parece que no llegó la información a tiempo, al no remitirse a través de un primer fax, y cuando se volvió a solicitar y se envió un segundo fax, se «coló» ese embargo que no fue notificado. La magistrada se plantea si no debería ser responsable el Estado que no ha vigilado suficientemente la informatización de los registros y su consulta instantánea, y no garantiza, en consecuencia, la seguridad jurídica...

¹² Véase un desarrollo de este tema sobre responsabilidad del empresario en el trabajo realizado por mi en GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2016). La responsabilidad del empresario por los daños causados por sus empleados: análisis de su evolución hasta nuestros días, en *Responsabilidad Empresarial*, Monterroso Casado, E. (Dir.). Valencia: Tirant Lo Blanch. Y de forma más específica, véase: VILLAR GONZÁLEZ, S. y MOLLAR PIQUER, M.P. (2013). La responsabilidad del notario por actos de sus empleados, disponible en <http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/154526/71152.pdf?sequence=1>.

¹³ Sobre el origen, evolución, y a su juicio debilitación, de la responsabilidad personal del registrador como profesional, véase: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2009). La responsabilidad del registrador en el ejercicio de la función calificadora: su necesaria persistencia en beneficio del usuario. *Boletín del Colegio de Registradores*, núm. 156, 727-747.

¹⁴ Sobre la responsabilidad del registrador, véase en general: ESTRUCH ESTRUCH, J. (2014). *Responsabilidad civil del registrador*. Madrid: Colegio de Registradores; BALLESTEROS ALONSO, M. (2003). La responsabilidad civil de registradores y notarios. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 7, 67-132; PARRA LUCÁN, M.A. (2007). Responsabilidad civil de notarios y registradores, *ob. cit.*; DÍAZ VALES, F. (2016). La responsabilidad civil del registrador de la propiedad: naturaleza y conductas que la originan. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 6, 6-29; GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (2009), *ob. cit.*; DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2002). Responsabilidad del registrador de la propiedad por errores y omisiones en el contenido de una nota simple informativa. *Revista de Derecho bancario y bursátil*, Año 21, núm. 86, 251.278; GARCÍA PRESAS, I. (2009). Sentencia de 2 de marzo de 2009: Responsabilidad civil del registrador como consecuencia de la práctica irregular de una anotación preventiva demanda derivada de un negocio de *fiducia cum creditore*. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 81, 1301-1326.

¹⁵ Sin embargo, aquí es un poco más dudosa esta afirmación, al no ser elegido el registrador por el particular, sino que su relación deviene de la competencia territorial de las oficinas del Registro, establecidas reglamentariamente.

¹⁶ PARRA LUCÁN, M.A. (2007). *ob. cit.*, 26.

¹⁷ SALAS CARCELLER, J.A. (2007). La responsabilidad civil de los abogados, de los procuradores, y Notarios y Registradores de la propiedad. Artículo monográfico de septiembre de 2007, *SEPIN*, disponible en <https://www.sepin.es/procuradores/VerDoc.asp?referencia=S%2FDOCT%2F3444&cod=0010fA1DE0HG0Lj1iR0H601g0GB09Q03D0l%2F07b01i00r07b0Le1iX0JQ01g1yi0GL0FX2AG0GU2MQ1jK#19873651>, p. 15. Veamos cómo este autor, parte de la doble responsabilidad contractual/extracontractual del registrador para concluir con la única posibilidad de una responsabilidad extracontractual: «Del mismo modo sirve ahora lo argumentado sobre el carácter contractual o extracontractual de su responsabilidad civil. Sin duda, cabe afirmar que se tratará de una responsabilidad extracontractual o “aquiliana” cuando el perjudicado sea un tercero no inscrito o que no puede llegar a serlo en virtud de una actuación culposa del registrador, pero la cuestión surge cuando se trata de perjuicio causado a quien ha interesado una actuación profesional del registrador y, en virtud de su ejecución desconocedora de la legalidad o de los derechos del solicitante, este ha sufrido un perjuicio. La particularidad que existe en el supuesto de los registradores, en relación con los notarios, es que si bien en el caso de estos últimos es el interesado quien está facultado para acudir al que libremente elija, no ocurre igual en el caso de los registradores, ya que la demarcación territorial del Registro impone hacerlo al predeterminado por la Ley, lo que desdibuja el carácter de un propio arrendamiento de servicios y lleva a considerar que la responsabilidad sería en todo caso de carácter extracontractual cuando, además, como veremos, los supuestos de responsabilidad civil del registrador aparecen tipificados en la Ley Hipotecaria».

¹⁸ Véase SALAS CARCELLER, J.A. (2007). La responsabilidad civil de abogados, procuradores..., *ob. cit.* 20.

¹⁹ Por ejemplo, como dice BALLESTEROS, asiento de presentación nulo, doble inmatriculación...

²⁰ SALAS CARCELLER, A. (2007), *ob. cit.*, 15.

²¹ PARRA LUCÁN, M.A. (2007), *ob. cit.*, 37.

²² Véase, en este sentido las SAP de 12 de abril de 2004; SAP de Baleares de 14 de octubre de 2002; SAP de Zamora de 1 de diciembre de 2000, que siguen las líneas generales marcadas para el 1978.2 del Código civil, en SSTS de 21 de abril de 1992, 21 de noviembre de 1997, 19 de febrero de 1998.

1.4. Sucesiones

Derecho nobiliario y prescripción inmemorial por linaje o estirpe: el título se sucede al fundador no al último poseedor

*Nobiliary right and immemorial prescription
by lineage or family descent: the title is for
hereditary succession to the founder not to the
last possessor*

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho civil.

Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias sociales UNED

RESUMEN: Los títulos nobiliarios son mercedes personalísimas que no forman parte del caudal hereditario y que se sustraen de la regulación ordinaria testamentaria, siendo de aplicación un sistema propio que trae lugar de la concesión y orden normativo histórico. Por otra parte, cabe la prescripción si bien de forma exclusiva por linaje o estirpe. Es más, la posesión de una merced nobiliaria no implica la titularidad de un derecho de su patrimonio hereditario, sino en exclusiva el reconocimiento de su condición de mejor poseedor en el orden sucesorio. De ahí que tratemos en estas líneas de la sucesión del título al fundador frente al último poseedor.

ABSTRACT: Nobility titles are very personal merits that are not part of the will estate and that are different of the ordinary regulation, being of application about the concession and historical normative order. The prescription by lineage or family descent. The possession of a nobiliary right does not imply a right of his inheritance, but exclusively the recognition of his status as best possessor in the succession order. We deal the succession of the title to the founder in front of the last possessor.

PALABRAS CLAVE: Títulos nobiliarios. Prescripción inmemorial. Sucesión del título al fundador.

KEY WORDS: *Nobiliary right. Immemorial prescription. Title is for will succession to the founder.*

SUMARIO: I. PRENOTANDOS: SOBRE EL CAUDAL HEREDITARIO Y LOS BIENES Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE SER HEREDADOS. LOS TÍTULOS

NOBILIARIOS COMO ELEMENTOS QUE SE SUSTRAN DEL RÉGIMEN JURÍDICO ORDINARIO Y QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO.

—II. EL TÍTULO SE SUCEDE AL FUNDADOR Y NO AL ÚLTIMO POSEEDOR:

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE ENERO DE 2019: REHABILITACIÓN DE TÍTULO VACANTE DESDE EL S. XVIII. DECISIVO ES QUE QUIEN OSTENTE EL TÍTULO MANTENGA VIVO EL RECUERDO DEL FUNDADOR ESTANDO UNIDO AL MISMO POR VÍNCULO DE CONSANGUINIDAD.

2. LA CUESTIÓN DEL MEJOR DERECHO: LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DEL SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO Y SUS CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ. DESIGNACIÓN DEL PRIMO NO CONSANGUÍNEO AUTORIZADA POR EL MONARCA: A) *La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009: deficiente técnica argumentativa del recurso de casación.* B) *Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2019: congruencia frente a alegaciones.*

3. CONSECUENCIAS SOBRE LA IGUALDAD EN EL ORDEN DE SUCESIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE ABRIL DE 2008 Y LOS PRINCIPIOS DE PRIMOGENITURA, DE REPRESENTACIÓN, ABROGACIÓN DE MASCULINIDAD Y EL DE PROPINCUIDAD. LA INAPLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN LA FILIACIÓN ADOPTIVA: A) *La Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios.* B) *Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015 siendo Ponente SALAS CARCELLER: la exclusión de los hijos adoptados por falta de linaje y consanguinidad.*

—III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 2019: LA PLURALIDAD DE ASPECTOS CONTROVERTIDOS:

1. EFECTOS DEL CAMBIO DEL DESIGNADO EN LA CONCESIÓN PRIMITIVA SOBRE EL ORDEN REGULAR DE SUCESIÓN: EL DESIGNADO, PRESCRIBIENTE O USUCAPIENTE NUEVA CABEZA DE LÍNEA CON EXCLUSIÓN DE LOS PARIENTES DEL PRIMITIVO CONCESIONARIO.

2. NO CONURRE DESAPARICIÓN POR ABANDONO YA QUE SE SUCEDE AL FUNDADOR DEL TÍTULO Y HA LUGAR A LA PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: NO CABE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA SIN VINCULACIÓN DE SANGRE.

—IV. CONCLUSIONES.

—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. PRENOTANDOS: SOBRE EL CAUDAL HEREDITARIO Y LOS BIENES Y DERECHOS SUSCEPTIBLES DE SER HEREDADOS. LOS TÍTULOS NOBILIARIOS COMO ELEMENTOS QUE SE SUSTRAN DEL RÉGIMEN JURÍDICO ORDINARIO Y QUE NO FORMAN PARTE DEL CAUDAL RELICTO

En el Derecho común, dos son los preceptos básicos del Código sobre el denominado aspecto estático o contenido de la herencia y la propia transmisibilidad de derechos y obligaciones del causante. Se trata, de una parte, del artículo 657 que concreta que «los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte» y el 661, por cuanto afirma que «los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones»¹.

El preciso contenido y exacto alcance jurídico de ambos preceptos ha sido largamente debatido por la mejor doctrina y la jurisprudencia, por lo que corresponde ahora ventilar aquellos casos controvertidos en que el Tribunal Supremo se ha tenido que pronunciar sobre el tipo de acciones o derechos y las cualidades que rodean a su transmisibilidad².

En este sentido, destaca la señera sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943, ya que aclara y despeja el panorama de derechos transmisibles e intransmisibles. En especial apunta a las singularidades que ostentan ciertos derechos de carácter público que se sustraen del régimen jurídico ordinario por lo que, independientemente de su condición de personalísimos o no, podrán ser objeto de sucesión. Adicionalmente reitera la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico, toda vez que la ausencia de normas concretas será suplida por la aplicación de las reglas de la interpretación e integración testamentarias.

Declara en sus considerandos «que si bien es cierto que en nuestra legislación se nota la falta de un concepto genérico que sirva de guía en la diferenciación de derechos transmisibles e intransmisibles *mortis causa*, no lo es menos que en el Código civil abundan pasajes en que, con referencia a relaciones jurídicas individualizadas o concretas, se declara que el derecho fenece o no con la muerte del titular y que, en último término, la deficiencia o aparente laguna legislativa de que se trata puede ser remediada cumplidamente por las vías y procedimientos normales de la interpretación e integración del sistema jurídico, y así, atendiendo a la naturaleza y contenido de la relación jurídica y a las declaraciones legales y convencionales que le afectan, cabe llegar a una determinación enunciativa de los derechos exceptuados de la transmisión por causa de muerte, como suele formularla la doctrina científica, comprendiendo como intransmisibles, en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público; los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada persona por sus cualidades, parentesco, confianza, etc., que tienen su razón de ser preponderante y a veces exclusiva en elementos o circunstancias que solo se dan en el titular —*ossibus inhaerent*—, y por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona; siendo significativo el hecho de que ni en el concepto ni en la enumeración de derechos intransmisibles esté comprendido el de impugnación de negocios jurídicos que lesionen la legítima, por lo que, a falta de razón suficiente en contrario habrá de ser catalogado dentro de la norma general indicada».

Refrenda dicha línea jurisprudencial la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1981, reiterando con la anterior que «los herederos suceden al difunto por el solo hecho de su muerte en todos los derechos y obligaciones, y si bien es cierto que ante la falta de una normativa sobre los que en esta sucesión son transmisibles o intransmisibles, ha venido la doctrina de esta Sala estableciendo, a título enunciativo, como excepciones al principio general de la transmisibilidad, los que en atención a su naturaleza han de tenerse como intransmisibles, como lo han de ser los de carácter público, o los *intuitu personae* o personales en razón a estar ligados a una determinada persona en atención a las cualidades que le son propias —los en general denominados o calificados de personalísimos— como parentesco, confianza y otras, que por Ley o convencionalmente, acompañan a la persona durante su vida; y como el que se está contemplando en autos no cabe asimilarle a ninguno, en los que se da dichas circunstancias, es más, desvirtúa dicho posible carácter el que la cosa sea transmitida a determinada persona, que lo ha de ser con todos los derechos que le sean inherentes, de los que no puede ser excepción el retracto, si la acción para ejercitarlo había nacido por haber sido enajenada a un extraño por un copropietario de la misma cuando se transmite al que sea el sucesor a título hereditario, teniendo este carácter, en aquel momento, el causante de la sucesión».

De lo dicho se sigue que, en principio y en defecto de norma específica que resuelva la concreta transmisibilidad de un bien o un derecho, se recurrirá a las reglas de interpretación³, siendo la regla general la intransmisibilidad de los que sean personalísimos así como la transmisibilidad de obligaciones y derechos nacidos de vínculos contractuales⁴.

En este sentido, no opera el fenómeno sucesorio en ciertas materias, destacando ROCA SASTRE entre estos supuestos, tanto el propio cadáver⁵, como la propiedad funeraria, y por lo que a estas líneas interesa, «los títulos nobiliarios, pues su sucesión se rige por normas especiales en las que impera el *ius sanguinis* y, a veces el *ius matrimonii*»⁶, ratificando esta visión LACRUZ BERDEJO

que incluye estos títulos nobiliarios entre los derechos que no pertenecen a la herencia al tratarse de uno de los supuestos de «derechos del causante que siguen existiendo en el momento de fallecer este, pero que tiene vida propia y no forman parte del caudal relicto»⁷.

II. EL TÍTULO SE SUCEDE AL FUNDADOR Y NO AL ÚLTIMO POSEEDOR

1. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE ENERO DE 2019: REHABILITACIÓN DE TÍTULO VACANTE DESDE EL S. XVIII. DECISIVO ES QUE QUIEN OSTENTE EL TÍTULO MANTENGA VIVO EL RECUERDO DEL FUNDADOR ESTANDO UNIDO AL MISMO POR VÍNCULO DE CONSANGUINIDAD

La sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2019, dictada siendo Ponente SALAS CARCELLER desestima como hicieron, las sustanciadas en primera instancia y apelación. Traigamos razón de los argumentos fácticos de las pretensiones del también recurrente en casación, D. Hipólito: «interpuso demanda contra don Iván por la que solicitó que se declare su mejor derecho a poseer el título nobiliario de Conde de D., que actualmente ostenta el demandado.— El título fue otorgado a don Baldomero por Carta de Creación expedida el 10 de octubre de 1716. El I Conde de D., falleció sin descendencia y le sucedió en el título su sobrino don Ceferino (II Conde de D.). Este tuvo dos hijas de su primera mujer, doña Penélope y doña Raimunda, y de su segunda mujer, una hija, doña Reyes. La controversia se suscita entre los descendientes de doña Raimunda (el demandante) y de doña Reyes (el demandado)».

En este punto, ha de repararse que «Cuando el II Conde de D., otorga testamento, realiza una serie de disposiciones para finalmente designar a su hija doña Reyes «única y universal heredera» de todos sus «bienes muebles y raíces». Es en 1984 cuando don Octavio, descendiente de doña Reyes, logra la rehabilitación del título que estaba vacante desde el S. XVIII, convirtiéndose en el III Conde de D. A su fallecimiento, le sucede en el título su sobrino don Iván, ahora demandado».

Apréciase que «Como dice la sentencia de esta Sala núm. 743/2004, de 5 julio, citada por la sentencia recurrida, “el Derecho vigente en aquella época, su realidad histórica y la costumbre, otorgaban cierta permisibilidad en la transmisión de los Títulos, a lo que se quiso poner fin por Carlos IV en su Real Cédula de 1804, ‘que respetaba la concesión de los títulos anteriores a ella’. Este carácter irretroactivo de lo ordenado por el Rey se declaró también en la sentencia de 29 de mayo de 1909”».

De modo que «cuando se produce, como en el caso presente, la rehabilitación de un Título nobiliario casi al final del S. XX, estando vacante el título desde finales del S. XVIII, es cierto que se crea cierta inseguridad acerca de las posibilidades que se hubieran producido en el caso de que hubiera tenido lugar la sucesión en el título sin interrupción alguna. El criterio de la Audiencia no puede considerarse como vulnerador de la legalidad y de la doctrina jurisprudencial en que se apoya, teniendo en cuenta además que lo decisivo es que quien ostente el título mantenga vivo el recuerdo del fundador estando unido al mismo por vínculo de consanguinidad. Ha considerado la Audiencia que la voluntad del II Conde de D. fue transmitir el derecho a ostentar el título a su menor hija doña Reyes (quinta abuela del rehabilitador, don Octavio, y sexta abuela del demandado, don Iván), interpretando en este sentido el testamento otorgado por el mismo. A partir de doña Reyes y por línea directa descendente llegaríamos al rehabilitador del título, del que trae causa el hoy demandado».

En buena lógica, no cabe en casación sino ratificar las resoluciones desestimatorias previas, al no haberse producido infracción «de la Real Cédula de 29 de abril de 1804 ni de la jurisprudencia de esta Sala relativa a las situaciones sucesorias anteriores a su vigencia, por lo que el motivo se rechaza».

2. LA CUESTIÓN DEL MEJOR DERECHO: LA FACULTAD DE DESIGNACIÓN DEL SUCESOR DEL TÍTULO NOBILIARIO Y SUS CONDICIONES Y REQUISITOS DE VALIDEZ. DESIGNACIÓN DEL PRIMO NO CONSANGUÍNEO AUTORIZADA POR EL MONARCA

A) *La sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009: deficiente técnica argumentativa del recurso de casación*

Como ya hemos mencionado, las normas de sucesión de títulos nobiliarios no solo son específicas y diferentes de las aplicables al caudal hereditario, sino que a mayor abundamiento, no forman parte del contenido patrimonial de las últimas disposiciones testamentarias. En este punto, conviene traer razón de lo prescrito por la sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009, siendo ponente XIOL RÍOS, quien subraya la deficiente técnica argumentativa del recurso que apela al artículo 741 del Código civil.

En el caso de autos, la última titular del Condado designa sucesora del mencionado título honorífico a la demandada; como la Condesa revocó después el testamento que contenía dicha designación, un tercero ejerció acción personal para que se declarase la nulidad de aquella cesión del condado y su mejor derecho, sin apreciar el demandante que inmediatamente después de dicha revocación testamentaria y antes del fallecimiento de la Condesa fue concedida por Real Decreto la autorización solicitada para designar titular del Condado a la demandada.

En el resumen de antecedentes transcrito en su Fundamento primero, recapitula: «1. En testamento de 5 de mayo de 1988 la última titular del Condado designó como heredera del título a la demandada D.^a Marina. 2. El 11 de mayo de 1988 la última titular del Condado pidió autorización a S. M. el Rey para designar sucesor. 3. El 14 de junio de 1988 la última titular del Condado otorgó un nuevo testamento revocando los anteriores. 4. El 6 de julio de 1988 fue concedida por Real Decreto la autorización solicitada para designar sucesor al Condado. 5. El 26 de diciembre de 1988 la última titular del Condado falleció sin descendencia y con extinción de todas las líneas. 6. El 24 de enero de 1997 se mandó expedir la Real Carta de sucesión en el título de Conde a favor de la demandada. 7. Otra persona ejerció una acción personal para que se declarase la nulidad de la cesión del Condado y su mejor derecho al título. 8. El Juzgado desestimó la demanda. 9. La Audiencia Provincial confirmó esta sentencia argumentando, en síntesis, que: a) concurren los requisitos necesarios para la designación de sucesor, aunque la solicitud de autorización se hiciera unos días después del testamento de 5 de mayo de 1988 y no fuera concedida hasta el 6 de julio de 1988; b) la designación de sucesor no fue revocada por el último testamento otorgado, ya que i) el documento de 5 de mayo de 1988 no es un testamento por contener solo la designación de sucesor en el título, el cual no forma parte del caudal hereditario; ii) aunque no fuera así, interpretando el último testamento conforme a la verdadera intención del testador ha de entenderse que, a pesar del testamento posterior del 14 de junio de 1988, subsiste la designación de sucesor al título nobiliario hecha en el testamento del 5 de mayo de 1988, puesto que los

hechos posteriores de la causante ponen de manifiesto su voluntad de mantener la validez de la designación. 10. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la parte demandada, el cual fue admitido al amparo del artículo 427.2.3.º LEC, por interés casacional».

Téngase en cuenta en este sentido, que esta sucesión del título, al estar sometida al régimen especial del derecho nobiliario, imputa al titular en ciertos supuestos excepcionales y cumpliendo ciertos requisitos, la posibilidad de designar sucesor. Son dos los presupuestos que autorizan el ejercicio de dicha facultad: de una parte, los esenciales referidos en primer lugar a que el designante sea el fundador o primer concesionario del título, y al tiempo, que el mencionado titular carezca de hijos o descendientes directos. De otra y en cuanto a los requisitos de carácter procedimental, se ha de interesar solicitud a S. M. el Rey, se ha de conseguir la autorización o real venia expresa y cumplir las condiciones señaladas en esta venia real.

En este sentido, el supuesto de hecho ventilado en autos, permite al juzgador señalar que: «*El asiento legal de la figura de la 'designación de sucesor' constituye una facultad innata del fundador o concesionario de un título nobiliario, quien en uso de la misma puede efectuar la designación, salvo que se le prohíba expresa o inequívocamente tal facultad en la carta fundacional.* Al interpretar la Ley 44 de Toro y la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804 que se integró como Ley 25, Título I, Libro VI de la Novísima Recopilación, la jurisprudencia ha proclamado que la potestad real es fuente de toda dignidad nobiliaria y emanando una Real Carta de un acto soberano, a ella debe estarse en cuanto a expresión de la voluntad de S. M. el Rey, y aun en el supuesto de que fuera modificativa de un orden señalado, siempre tendría propia virtualidad, pues es primordial admitir que quien es creador de las dignidades nobiliarias, tiene potestad soberana para suprimirlas y, asimismo, para modificarlas aun alterando el orden sucesorio (Cfr. SSTs de 26 de marzo de 1968 y 25 de febrero de 1983)».

B) Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2019: congruencia frente a alegaciones

Se refiere en concreto la parte recurrente a lo que consideraba una falta de respuesta por la sentencia de la Audiencia a su alegación de que en los títulos nobiliarios se sucede al fundador y no al último poseedor, lo que para dicha parte resultaba determinante a efectos de la resolución del litigio.

«El hecho de que se suceda al fundador y no al poseedor inmediato constituye evidentemente un postulado del derecho nobiliario que no ha sido negado por la sentencia impugnada. Se trata de un argumento que, sin embargo, llevado a sus últimas consecuencias excluiría la posibilidad de adquisición por usucapión y, admitido en sus justos términos, habría de ser aceptado en casos como el presente en que el II Marqués D., del que trae derecho el hoy demandado, evidentemente sucedió y trae causa del primer Marqués D., que dispuso del título por testamento.

«En todo caso no se trata de una incongruencia omisiva de la sentencia. La congruencia se refiere a las «pretensiones» de las partes y no a las «alegaciones» en que puedan basar su procedencia, pues no cabe exigir del tribunal que conteste concretamente a cada una de tales alegaciones. La sentencia ha de razonar sobre la solución del problema y sobre las cuestiones relevantes planteadas en el proceso y ha de hacerlo de forma motivada y exhaustiva, siguiendo un hilo lógico que conduce a la decisión, pero no necesariamente con sujeción al camino

señalado por las partes. La congruencia se aprecia en relación con el «fallo» o parte dispositiva de la sentencia en relación con las pretensiones a que se refiere el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y las excepciones opuestas por la parte demandada que demanden un especial pronunciamiento.

«Pero incluso en el supuesto de que se recondujera el defecto procesal denunciado a la falta de exhaustividad, tampoco cabría imputarlo a la sentencia recurrida ya que notoriamente al apreciar la adquisición del título por el demandado y sus antecesores en virtud de la usucapión no está negando que los sucesivos titulares hayan sucedido al fundador, sino que está señalando la vía a través de la cual ha de entenderse producida dicha sucesión que desde el primer momento —hace más de doscientos años— se inserta en una línea aceptada, sin discusión alguna hasta el momento, y sobre los que los sucesivos monarcas han autorizado.

3. CONSECUENCIAS SOBRE LA IGUALDAD EN EL ORDEN DE SUCESIÓN: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 3 DE ABRIL DE 2008 Y LOS PRINCIPIOS DE PRIMOGENITURA, DE REPRESENTACIÓN, ABROGACIÓN DE MASCULINIDAD Y EL DE PROPINCUIDAD. LA INAPLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS EN LA FILIACIÓN ADOPTIVA

A) *La Ley 33/2006, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios*

La Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, resolvió el debate jurisdiccional en el que el Tribunal Constitucional en su sentencia 126/1997, de 3 de julio, se pronunció en favor de la constitucionalidad del orden de sucesión que por criterios históricos otorgaba preferencia al hombre sobre la mujer. Y apréciase que la Ley lo hace en sentido contrario a esta doctrina, fundamentando dicha opción legislativa en la Exposición de Motivos del modo siguiente: «Sin embargo, las normas que regulan la sucesión en los títulos nobiliarios proceden de la época histórica en que la nobleza titulada se consolidó como un estamento social privilegiado, y contienen reglas como el principio de masculinidad o preferencia del varón sin duda ajustadas a los valores del antiguo régimen, pero *incompatibles con la sociedad actual en la cual las mujeres participan plenamente en la vida política, económica, cultural y social*. Esta plena igualdad del hombre y la mujer en todas las esferas jurídicas y sociales se reconoce en la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, y ratificada por España en 1984. El principio de plena igualdad entre hombres y mujeres debe proyectarse también sobre las funciones meramente representativas y simbólicas, cuando estas son reconocidas y amparadas por las leyes. Los sucesivos poseedores de un título de nobleza perpetuo se limitan a mantener vivo el recuerdo de un momento de nuestro pasado histórico. Es justo que la presente Ley reconozca que las mujeres tienen el mismo derecho que los varones a realizar esta función de representar simbólicamente a aquel de sus antepasados que, por sus méritos excepcionales, mereció ser agraciado por el Rey»⁸.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2008, estima el recurso de casación reconociendo a la demandante tener mejor y preferente derecho a la posesión y ejercicio del título nobiliario controvertido. En este supuesto, el título en cuestión lo poseía un primo pese al hecho de que su madre era la hermana mayor del último poseedor del título.

Reitera la resolución mencionada que, siguiendo el orden regular o tradicional para la sucesión de conformidad al derecho histórico, los principios a seguir son el de primogenitura, el derecho de representación, principio de masculinidad, derogado por inconstitucionalidad sobrevenida, y propincuidad, principio que prevé que en defecto de descendientes será llamado el pariente más próximo atendiéndose a la línea y al grado.

En el supuesto controvertido, la actora es de mejor línea y más próxima al último poseedor legítimo. Pese a la dificultad de la intelección y aplicabilidad de la disposición transitoria de la mencionada Ley 33/2006, procede la retroactividad de la Ley respecto de las sucesiones en títulos nobiliarios no sustanciados en expediente administrativo o proceso judicial, en ausencia de sentencia firme. Y ello, fundado en que la retroactividad atiende al bien común, atiende al principio de igualdad entre el hombre y salvaguarda la seguridad jurídica.

Declara la sentencia dictada siendo ponente Juan Antonio XIOL RÍOS, destacando como resumen de antecedentes: 1. D. Ricardo, poseía por rehabilitación el título de Conde D. con Grandeza de España. 2. Al fallecer de D. Ricardo el 2 de marzo de 1983, D. José Daniel (hijo de D. Luis Francisco, hermano menor del fallecido) solicitó el título, que le fue otorgado por Real Carta de 26 de abril de 1984. 3. D.^a Isabel (hija de D.^a Victoria, hermana mayor del fallecido) interpuso demanda el 7 de diciembre de 1990 ante los Juzgados de Alicante con el fin de que se declarara su mejor y preferente derecho para poseer, usar y ostentar el título de Conde D. con Grandeza de España con sus correspondientes prerrogativas y se declarara ineficaz la sucesión en la indicada merced en favor del demandado D. Luis Francisco por la Real Carta de 26 de abril de 1984. 4. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. Consideró que no se había probado la adquisición por prescripción por parte del demandado y que no se había probado que el título de Conde D. se hallara vinculado a un mayorazgo, por lo que debían aplicarse las reglas sobre sucesión nobiliaria regular. Concluyó que debía considerarse derogado el principio de masculinidad al amparo del artículo 14 CE, de lo que resultaba que la actora D.^a Isabel es de mejor línea y por lo tanto pariente más próximo del último poseedor legítimo de la merced. 5. La Audiencia Provincial revocó esa sentencia y desestimó la demanda fundándose en que —vigente el principio de varonía por no ser contrario a la CE a tenor de la STC 126/1997, de 3 de julio— tanto la madre de la demandante como el padre del demandado están en la misma línea, pues los dos son descendientes directos e inmediatos de los abuelos de los contendientes, y, como el progenitor del demandado es varón, tiene preferencia en el sistema usual de cesión de los Títulos. 6. Contra esta sentencia interpuso recurso de casación la representación procesal de la demandante D.^a Isabel fundándose en que la preferencia de línea excluía el principio de masculinidad. 7. Se dio traslado a las partes para que alegaran, cumpliendo con lo dispuesto en la disposición transitoria de la LITN.

Prosigue el Fundamento segundo: «El motivo se funda, en síntesis, en que, perteneciendo la causante de la actora a una línea preferente respecto a su hermano, por ser primogénita, no se aplica el principio de preferencia del varón (que en este caso es octogénito). Según el recurrente el principio de varonía o preferencia del varón sobre la mujer rige solamente para quienes forman parte de la misma línea, pero no entre hermanos, según se desprende de los principios del Derecho nobiliario sobre sucesión recogidos en diversas sentencias que cita. El motivo carece de fundamento, sin perjuicio de lo que luego se dirá en relación con la estimación del recurso por aplicación de la LITN».

En cuanto al Fundamento posterior aprecia sobre el principio histórico de masculinidad en relación con la preferencia de línea: «El argumento básico de la parte recurrente, según la cual la mayor edad atribuye a un hermano preferencia en la sucesión nobiliaria sobre los demás, con independencia del sexo, no se compeade con la doctrina jurisprudencial invariablemente seguida por esta Sala, según las propias sentencias que se citan y que se dicen infringidas.

»Diversas sentencias de esta Sala (si se hace lógica abstracción de las vacilaciones a que ha dado lugar la diversa interpretación del principio constitucional de no discriminación por razón de sexo en cuanto a la vigencia o no del principio de preferencia del varón) han venido entendiendo que el principio de preferencia del varón sobre la mujer en caso de igualdad de línea y de grado establecida en la Partida 2.15.2 [Segunda Partida, Título XV, Ley 2] para la sucesión del Señorío del Reino es aplicable al Derecho nobiliario.

»La Ley expresada no deja lugar a dudas sobre su sentido, pues prevé expresamente que entre los herederos por línea directa (hijos) la hija solo hereda si no tuviese hermanos: “[...] el Señorío del Reino no lo hubiese sino el hijo mayor después de la muerte de su padre. [...] el Señorío del Reino heredasen siempre aquellos que viniesen por la línea derecha. Y por ende, establecieron que si hijo varón no hubiese [en el sentido de ‘tuviese’], la hija mayor heredase el Reino. Y aun mandaron que si el hijo mayor muriese antes que heredase, si dejase hijo o hija que tuviese de su mujer legítima, que aquel o aquella lo hubiese, y no otro ninguno”.

»La STS de 8 de abril de 1972 reconoce la primogenitura a favor del varón, salvo que solo existan mujeres, en igualdad de línea y grado: “en segundo lugar, la línea anterior, también llamada ‘premadada’, prefiere y excluye a las posteriores, y, consiguientemente, mientras existan descendientes en la línea encabezada por el primogénito varón —en su caso, hembra [se refiere al caso de que no existan varones]—, no podrá entrar a suceder ningún descendiente que pertenezca a la línea encabezada por el segundogénito”.

»La STS de 28 de abril de 1989 proclama este mismo principio, dejando claro que se encuentran en igualdad de línea los hijos de un mismo padre y que todos ellos pertenecen a la línea directa: “Por tanto, la cuestión se reduce sencillamente a determinar la preferencia entre los cuartos abuelos de los litigantes, que al ser hijos de un mismo padre, se encontraban en igualdad de línea y grado. Tal cuestión ha sido reiteradamente resuelta por la jurisprudencia preconstitucional de esta Sala afirmando que ‘en igualdad de línea y grado, el varón prefiere y excluye a la mujer’. En consecuencia, debe entenderse que los hermanos pertenecen a la misma línea, llamada en las Partidas ‘línea directa’ y que la preferencia entre ellas y, en consecuencia, el carácter de primogenitura en favor de la línea ‘premadada’ se decanta en favor del varón cuando concurre con mujer, aunque esta sea de mayor edad”.

»La STS de 11 de mayo de 2000 declara la aplicabilidad de la expresada Ley de las Partidas, cuyo texto recoge literalmente en su versión original, como se ha hecho también en esta resolución adaptándolo al lenguaje actual.

»La STS de 17 de septiembre de 2002, rec. 2808/1993, cierra este panorama jurisprudencial al tomar en consideración como elemento normativo “la legislación histórica aplicable por la sucesión regular en los títulos nobiliarios y, en particular, la Partida 2.15.2, de la que deriva la regla o criterio de la preferencia del varón sobre la mujer en igualdad de línea y grado”.

»Los argumentos de la parte recurrente, fundados en la infracción de jurisprudencia, no son convincentes frente a esta inequívoca doctrina jurisprudencial que acaba de exponerse, y nada arguye en contra la cita de la Partida 4.6.2 [erróneamente se cita como 4.5.2], de la que se infiere que la línea traviesa o transversal

(que “comienza en los hermanos, y de sí desciende por grado”) no determina el parentesco entre hermanos (que se hallan con sus padres en línea directa, que es la “que desciende: así como hijo, o nieto, o biznieto, o trاسبiznieto, y de ahí abajo”), sino el parentesco de ellos, como cabeza de la línea respectiva, con sus descendientes, frente a los descendientes de los restantes hermanos, al igual que resulta de la Partida 2.15.2.

»La sentencia recurrida, cuando afirma que “tanto la madre de la demandante como el padre del demandado están en la misma línea, pues son los dos descendientes directos de los abuelos de los contendientes, pero, como el progenitor del demandado es varón, por ello tiene preferencia en el sistema usual de sucesión de los Títulos” se ajusta con toda precisión a esta doctrina, por lo que no se advierte que incurra en la infracción que se le imputa.

»Más adelante, O'CALLAHGAN “La posesión de un título nobiliario (haciendo abstracción de consecuencias económico-patrimoniales o de otra índole que hayan podido derivarse de su ejercicio) no constituye un derecho que, por su naturaleza, pueda considerarse incorporado al patrimonio de la persona, en la situación propia de un derecho consolidado o agotado determinante de una relación jurídica consagrada apta para calificarlo como derecho comprendido en la prohibición de retroactividad de las disposiciones que puedan afectarle, establecida por el artículo 9.3 CE.

En efecto, la posesión de una merced nobiliaria no comporta un derecho incorporado al patrimonio hereditario de su titular, sino solo el reconocimiento de su condición de óptimo poseedor para ostentar la merced en el orden sucesorio, objeto de una única apertura por el fallecimiento de su primer concesionario y de sucesivas delaciones y aceptaciones, que se desenvuelven sin perjuicio de la concurrencia de tercero de mejor derecho, a la que aparece condicionado el reconocimiento del título en cada caso particular, de tal suerte que el otorgamiento no constituye una relación jurídica que pueda estimarse como consagrada o agotada en tanto no transcurra el plazo de cuarenta años para la usucapición, que esta Sala ha admitido, al hilo de la tradición dimanante de la Ley 41 de Toro (la cual forma parte de las normas que rigen tradicionalmente la sucesión de los títulos, rehabilitadas por la Ley de 4 de mayo de 1948), para hacer compatible el principio de la imprescriptibilidad de los títulos nobiliarios con el principio de seguridad jurídica que hoy consagra la CE (SSTS de 27 de marzo de 1985, 14 de junio de 1986, 7 de julio de 1986, 14 de julio de 1986, 5 de junio de 1987, 20 de febrero de 1988, 7 de diciembre de 1988, 6 de marzo de 1991, 21 de febrero de 1992, 11 de junio de 2001 y 29 de mayo de 2006, rec. 525/2006)”.

En resumidas cuentas, procede resolver como Conclusión: “Se fija como doctrina jurisprudencial que la disposición transitoria única, apartado 3, de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y de la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios se refiere no solo a los expedientes administrativos sobre títulos nobiliarios y a los recursos contencioso-administrativos contra las resoluciones dictadas por la Administración, sino también a los procesos entablados ante el orden jurisdiccional civil”».

B) Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015 siendo Ponente SALAS CARCELLER: la exclusión de los hijos adoptados por falta de linaje y consaguinidad

Por su parte, el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en su sentencia de 12 de enero de 2015 (Recurso núm. 2069/2012, ponente señor SALAS

CARCELLER) ha fijado doctrina en relación con el principio de consanguinidad para la obtención de títulos nobiliarios.

La resolución se refiere a la disputa sobre el título del Conde de Montalbán, y en ella se estima el recurso al hermano del fallecido en perjuicio de su sobrino carnal, al que había designado sucesor⁹.

Destaca, a mi juicio la aplicación e interpretación tan estricta de la noción de la merced histórica, que resulta contraria a la igualdad de los hijos, por mucho que se pretenda basar la ausencia del principio del artículo 14 en que los precitados títulos no forman parte del acervo hereditario, argumento cuando menos discutible, toda vez que no hay ámbito del que se pueda excluir la Constitución, especialmente cuando en nuestra Carta Magna frente a otros países de nuestro entorno no están prohibidos los títulos nobiliarios, antes bien forman parte de las competencias de la Monarquía constitucional¹⁰.

De modo que la designación como sucesor efectuada por el titular en favor de su sobrino no puede producir el efecto pretendido, toda vez que la autorización real se basó en la inexistencia de otras personas con mejor derecho, y no puede ampararse en la consanguinidad del favorecido, pues no tiene mejor derecho que el demandado y como hijo adoptivo no puede ser eslabón de la línea sucesoria.

Por compartirlo plenamente transcribiré el voto particular de forma literal:

«El resto de los fundamentos de derecho, de los cuales ya hemos dicho que disintimos, con todo respeto, tiene una redacción y contenido impecable y hace afirmaciones que son indiscutibles, como, por ejemplo, “el hijo por adopción no participa biológicamente de la sangre adoptante” y hace referencia a opiniones que sí son más que discutibles (las del Consejo de Estado, simple órgano consultivo) y llega a la conclusión de que no produce el efecto de ser sucesor en el título la designación a favor del sobrino —demandante en el presente caso— por tener pariente consanguíneo de mejor derecho y no tiene tampoco mejor derecho “como hijo adoptivo del último titular”.

»Aquí se halla el que suponemos es un error de derecho (de derecho constitucional). La sentencia expone una argumentación que ya hemos calificado de impecable, pero incurre, como decimos en un error: **OBVIA EL PRINCIPIO DE IGUALDAD** que proclama el artículo 14 de la Constitución Española y que ha recogido toda la legislación posterior y toda la jurisprudencia, aunque tenga que aplicar normativa dictada antes, o muchísimo antes de la Constitución Española. No se trata de juzgar la constitucionalidad de la normativa de títulos nobiliarios, sino la constitucionalidad en la aplicación de ella.

»Entendemos que no cabe en derecho que mantengamos el **PRINCIPIO DE IGUALDAD** en la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, en todo caso, como estamos haciendo: **EN TODO CASO, EXCEPTO EN LA FILIACIÓN A EFECTOS DE APLICAR LA SUCESIÓN EN UN TÍTULO NOBILIARIO.**

»La Constitución, en cuanto Carta Magna, recoge valores y principios esenciales para la convivencia, que deben servir como guía en la interpretación de las normas jurídicas, cualesquiera que sea la institución que regulen.

»No podemos admitir espacios blindados frente a la Constitución, por antigua que sea su data.

»No puede aceptarse que el derecho que regula los títulos nobiliarios sea inmune a los valores constitucionales, por lo que las normas de transmisión de los títulos nobiliarios deben interpretarse conforme a la Constitución.

»Ya la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1988, de 12 julio, había advertido que el principio de igualdad impide un trato distinto a personas de

la misma situación, evitando que se dé relevancia jurídica a circunstancias que no pueden jamás ser tomadas en consideración, como es el caso de la filiación. No hay duda, que la IGUALDAD TIENE SU BASE EN LA IGUAL DIGNIDAD DE LOS SERES HUMANOS —lo ha dicho explícitamente el Tribunal Constitucional— y esta dignidad se ha visto truncada por la negativa a considerar hijo al que lo es adoptivo, a los efectos del mejor derecho en la sucesión del título nobiliario. Incluso ha dicho el Tribunal Constitucional —sentencia 29/2000, de 31 de enero— que el principio de igualdad no acepta la diferencia de trato entre justiciables en situaciones comparables. En el presente caso, a la FILIACIÓN ADOPTIVA SE LE DA UN TRATO DISCRIMINATORIO RESPECTO A LA FILIACIÓN MATRIMONIAL.

»Ya hemos dicho anteriormente que no se pretende negar constitucionalidad a la antigua normativa de los títulos nobiliarios, sino que mantenemos que no se pueden aplicar criterios anticonstitucionales en la aplicación de normas que fueron dictadas partiendo de otras consideraciones, desde luego no de la consideración de la igualdad de todo ser humano.

»Aunque no se aplique al título nobiliario, esta Sala ha dado constantemente aplicación —como no podía ser menos— al principio de igualdad, por encima de otros principios como, por ejemplo, el de soberanía de la voluntad del testador. Así, la sentencia de 1 de marzo de 2013 dice: “De lo anteriormente expuesto se desprende que la fundamentación técnica del presente caso no puede sustentarse ni en una interpretación integrativa de la voluntad formalmente declarada y querida por el testador, equiparándose a estos efectos de la descendencia biológica y legítima con la adoptiva, ni tampoco referenciando el proceso sucesorio de la sustitución fideicomisaria en el momento de la muerte del fiduciario adoptante como, en su caso, de la calificación condicional de la sustitución dispuesta. Si esto es así, la corrección del sentido del fallo en el presente caso, esto es, el reconocimiento de los derechos hereditarios de los herederos del fideicomisario adoptado, descansa en la concurrencia de otras perspectivas metodológicas, estrictamente enlazadas entre sí, a saber: la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE), respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución, junto con la peculiar naturaleza de la sustitución fideicomisaria en la dinámica del proceso sucesorio”.

»Otras sentencias de esta Sala que han aplicado el principio de igualdad en la filiación, son las de 10 de febrero de 1986, 10 de noviembre de 1987, 17 de marzo de 1995 (larga y detallada, especialmente el fundamento 13), 19 de mayo de 1997, 28 de junio de 2002, 29 de septiembre de 2006. La sentencia objeto de este voto particular, creemos que rompe una larga y reiterada doctrina jurisprudencial. Es decir, según lo dicho antes, a la reiterada doctrina le aplica una excepción: EL PRINCIPIO DE IGUALDAD NO LO APLICA A LA SUCESIÓN DE TÍTULOS NOBILIARIOS.

»En consecuencia el fallo que propone este voto particular, es el de desestimar el recurso de casación y confirmar la sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 13.^a, de Madrid, que había estimado la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Jesús María declarando su mejor derecho a ostentar y poseer el título de Conde de D».

III. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE JUNIO DE 2019: LA PLURALIDAD DE ASPECTOS CONTROVERTIDOS

1. EFECTOS DEL CAMBIO DEL DESIGNADO EN LA CONCESIÓN PRIMITIVA SOBRE EL ORDEN REGULAR DE SUCESIÓN: EL DESIGNADO, PRESCRIBIENTE O USUCAPIENTE NUEVA CABEZA DE LÍNEA CON EXCLUSIÓN DE LOS PARIENTES DEL PRIMITIVO CONCESIONARIO

Como ya anunciamos en la intitulación de este epígrafe, la alteración de la concesión primitiva del orden regular de sucesión desencadena profundos efectos en el orden regular de sucesión.

De una parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2009 declara esta designación del sucesor «*provoca verdaderos efectos novatorios en el orden de sucesión inicialmente previsto, convirtiendo al designado y, en su caso, al prescribiente o beneficiario de la usucapión, en nueva cabeza de línea a partir de la cual ha de seguirse el orden regular de sucesión del título de nobleza. Solamente la persona en cuyo favor se hizo la designación puede ostentar el título a la muerte de aquel y, consiguientemente, cualquiera otra carece de derecho a reclamarlo, y no puede alegar ninguno vulnerado por la Real Orden que se lo niega (Cfr. STS de 27 de junio de 1986). La autorización real para designar sucesor en el título de nobleza implica novación de la concesión primitiva y excluye a los parientes del primitivo concesionario (Cfr. STS de 28 de enero de 1928). Es preciso a partir del principio básico e indeclinable en esta materia, de la atribución de su origen a la potestad real de la que todas emanan, como prerrogativa del soberano en su condición de Jefe Supremo del Estado, potestad regia que por su propia naturaleza no se limita a la concesión u otorgamiento, sino que también comprende la pérdida o modificación posterior, modificación o alteración que como se ve comprende hasta el caso de venta o enajenación y que jurídicamente produce una novación de los términos en que se hizo la concesión primitiva en lo referente al orden sucesorio por incompatibilidad del antiguo con el nuevo, que lleva consigo el encabezamiento de nueva línea que produce el desplazamiento de la anterior, la cual deja de tener consideración jurídica, en cuanto a la referencia del ‘mejor derecho’ sucesorio que habrá de conectarse a partir de entonces, con la nueva línea instaurada porque la precedente dejó de tener derecho, ni mejor, ni peor (Cfr. STS de 25 de febrero de 1983)».*

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2019 aprecia que «Esta Sala, en sentencia núm. 529/2006, de 26 de mayo, recuerda cómo efectivamente durante mucho tiempo la jurisprudencia (sentencias de 29 de diciembre de 1914; 22 de diciembre de 1922; 24 de noviembre de 1923; 18 de mayo, 24 de junio y 8 de noviembre de 1927; 25 de junio de 1952; 4 de julio y 19 de noviembre de 1955; 1 de abril de 1959; 4 de febrero, 14 de marzo y 5 de julio de 1960; 10 de abril y 20 de mayo de 1961; 21 de mayo de 1964; 29 de noviembre y 2 de diciembre de 1967; 21 de mayo de 1971; 22 de febrero, 3 de abril y 28 de septiembre de 1972; 18 de noviembre de 1974; 22 de marzo de 1978) consideró imprescriptibles los títulos nobiliarios con fundamento en que su regulación está sujeta a la posesión civilísima, y por lo tanto la transmisión se producía *ipso iure*, por ministerio de la ley, sin necesidad de ningún acto de aprehensión material, de conformidad con la ley 45 de las de Toro (1.ª, Tít. 24, Libro 11 de la Novísima). La posibilidad de aplicar la “costumbre inmemorial” de la Ley 41 de Toro se rechazaba, bien porque se entendía que solo era aplicable a los mayorazgos, y no a los títulos nobiliarios, (sentencia de 22 de febrero de 1972), o bien porque se estimaba que era, simplemente, un modo de probar

que los bienes son de mayorazgo, y en este sentido dijo la sentencia de 21 de mayo de 1971 que “la ley 41 de Toro no estatuye prescripción de ninguna clase, ni tampoco la modificación de un mayorazgo y la alteración del orden sucesorio, sino que, por el contrario, la costumbre inmemorial a que alude, se refiere exclusivamente a la prueba de la constitución del mayorazgo, cuando no se acredite el título inscrito de su concesión, interpretación que se deduce simplemente de la mera lectura del texto transcrito”¹¹.

»No existe una doctrina jurisprudencial establecida por esta Sala en el sentido de que la consolidación del título por prescripción esté condicionada en origen en el sentido de que cualquier ruptura en la línea sucesoria respecto del fundador; incluso por la posterior averiguación de no pertenecer al linaje de sangre quien sucedió en un momento histórico determinado, suponga que haya que prescindir de la línea seguida para recuperar el linaje dejando aparte la ostentación de forma pública, pacífica, no interrumpida y de buena fe. Lo contrario vendría a romper el principio de seguridad jurídica constitucionalmente proclamado, que sin duda quedaría seriamente comprometido si tras doscientos años de posesión del título por la misma línea —a la que pertenece el demandado— con sucesivas autorizaciones reales, pudiera venir a reclamar el mejor derecho al título quien —afirmando la relación vincular que niega al titular actual— pretende suceder afirmando la legitimidad de quienes durante tan amplio periodo temporal nada hicieron ni alegaron sobre ello.

Los motivos segundo y tercero vienen a ser coincidentes. El segundo se refiere a la infracción de la Real Cédula de Carlos IV de 29 de abril de 1804, integrada en la Novísima Recopilación como Ley XXV, del Libro VI, que consagra el Principio de Vinculación en Derecho Nobiliario, donde a su vez se integra el de que por derecho de sangre se sucede al fundador y no al anterior poseedor; en relación con la infracción de la regla 10 del artículo 1960 del Código civil («El poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante»). El tercero vuelve a referirse a la Real Cédula de 1804 y a las consecuencias de que no hubo una ratificación real expresa de las sucesivas atribuciones del título.

2. NO CONCORRE DESAPARICIÓN POR ABANDONO YA QUE SE SUCEDE AL FUNDADOR DEL TÍTULO Y HA LUGAR A LA PRESCRIPCIÓN INMEMORIAL: NO CABE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA SIN VINCULACIÓN DE SANGRE

Apréciase cómo la resolución reitera que se sucede siempre al fundador del título, como es el caso del recurrido, sin posibilidad de que concurra la prescripción adquisitiva.

El interés casacional que se postula en el presente caso pasaría no ya por defender el hecho de que se sucede siempre al fundador del título, porque precisamente la subsistencia de la distinción se propone perpetuar su memoria —lo que no niega la sentencia recurrida— sino por justificar la existencia de jurisprudencia contraria a que la prescripción adquisitiva pueda existir sin vinculación de sangre por parte de quienes prescriben a su favor respecto fundador, cuestión que no ha sido negada por la Sala y sobre todo —en atención al presente caso— porque tal desviación genealógica se produjo precisamente en la primera sucesión del título, lo que —si se pretende dejar sin efecto— significaría considerar que incluso la falta de uso durante más de doscientos años habría llevado lógicamente a la desaparición por abandono, que evidentemente no se ha producido por obra de

quienes ahora son considerados por la parte demandantes como tenedores ilícitos del marquesado cuando precisamente su actuación ha perpetuado su existencia hasta nuestros días.

De ahí que en este caso, como en la sentencia de esta Sala núm. 595/2001, de 11 de junio, «hay que entender que se han cumplido los supuestos exigidos para apreciar la prescripción inmemorial, a saber, la posesión y el tiempo, dándose pues los supuestos que justifican la apreciación de la prescripción, ya que el abandono por tanto tiempo del ejercicio del derecho que le correspondía al uso del título, debe prevalecer el derecho del poseedor en aras de la certidumbre del derecho, la seguridad jurídica o la paz social».

IV. CONCLUSIONES

I. Los títulos nobiliarios son mercedes personalísimas que no forman parte del caudal hereditario y que se sustraen de la regulación ordinaria testamentaria, siendo de aplicación un sistema propio que trae lugar de la concesión y orden normativo histórico.

II. En la interposición del recurso de casación, es doctrina reiterada que el principio de congruencia en ningún caso ha de confundirse con que la resolución judicial haya de atender cada una de las alegaciones expuestas por la parte que alegue su conculcación. Antes bien, acreditado el hilo lógico argumentativo y dándose cumplida respuesta al problema jurídico planteado, la congruencia de la resolución con la controversia fáctica expuesta, soslaya cualquier estimación del recurso interpuesto ante la ausencia de elementos que lo sustenten.

III. La transmisión del título nobiliario habrá de atender al orden sucesorio, al no formar parte integrante de la herencia. Sin embargo, cuestión distinta es que puedan sortear el régimen específico previsto para estas mercedes. En este punto y en ausencia de parientes consanguíneos, quien tenía la potestad para disponer de dicho orden regular sucesorio, lo hizo favoreciendo a los primos de su mujer, por tanto, no carnales. Si la sucesión fuese ratificada por los monarcas, se estaría dando carta de naturaleza a dicha transmisión en pro de las subsiguientes, excluyendo radicalmente otra sucesión que la del título dispuesta por el fundador y no por el poseedor.

IV. Habida cuenta el tenor literal de la Ley 33/2006, de 30 de octubre, sobre igualdad del hombre y la mujer en el orden de sucesión de los títulos nobiliarios, el titular podrá designar legítimamente sucesor del título, en el entendido que el ejercicio de esta facultad ha de cumplir los requisitos esenciales y procedimentales. En recta consecuencia, el designante habrá de ser el fundador o primer concesionario del título, y carecer de hijos o descendientes directos. A mayor abundamiento habrá de interesar esta solicitud a S. M. el Rey, conseguir la autorización o real venia expresa y cumplir las condiciones impuestas en dicha venia, según el orden regular de sucesión del título de nobleza. Orden regular donde sigue concurriendo otra suerte de discriminaciones como el supuesto de la edad o de la línea consanguínea frente a la que no la sea, o incluso, en algún supuesto dudoso el del descendiente adoptivo, ratificado de forma más que criticable por el Pleno de nuestro Tribunal Supremo. En resumidas cuentas, estaremos ante más supuestos donde haya de abrogarse otro elemento discriminatorio. En este extremo, esta exclusión de los descendientes adoptivos frente a los biológicos, es cuando menos, al día de hoy, doloroso constitucionalmente. Y si una institución ha de sobrevivir, por resultar así de su «naturaleza», antecedentes, fundamentos e

historia y no ser sino meramente simbólico, quizás debamos reflexionar sobre su periclitada pervivencia. Prefiere el Pleno la cristalización jurídica de un símbolo, a la estimación de la modulación histórica de su contenido. Por tanto, si su configuración parece ser de imposible alteración —salvo norma *ut supra*—, estamos ante uno de los supuestos en los que la división de poderes y el Estado social y democrático de Derecho, debería fijar su observancia a sus principios. En suma, si la institución no se somete a esta esencia constitucional, más se nos antoja que lo que ya no tiene valor es algo ajeno a las reglas a las que la ciudadanía observa.

V. En cuanto a la prescripción inmemorial, presenta especial relevancia re- tener los aspectos subsiguientes: cabe la prescripción si bien de forma excluyente por linaje o estirpe. Es más, la posesión de una merced nobiliaria no implica la titularidad de un derecho de su patrimonio hereditario, sino en exclusiva el reconocimiento de su condición de mejor poseedor en el orden sucesorio. Debe advertirse que la evidencia jurisdiccional es que se sucede al fundador y no al poseedor inmediato que constituye un argumento que, sin embargo, llevado a sus últimas consecuencias excluiría la posibilidad de adquisición por usucapión.

V. BIBLIOGRAFÍA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ALBALADEJO GARCÍA (1983). Comentarios a los artículos Sección Décima. De la revocación e ineficacia de los testamentos, *Tomo IX, Vol. 2.º: Artículos 706 a 743 del Código civil*, Madrid.
- ALBIEZ DOHRMANN (1988). *Negocios atributivos «post mortem»*, Madrid.
- BADORREY MARTÍN (2018). El tiempo inmemorial: análisis crítico de su noción y aplicabilidad en el Derecho civil y administrativo según la legislación y jurisprudencia contemporáneas, *RCDI*, Año núm. 94, núm. 769, 2723-2744.
- CASTRO LUCINI (1997). La sucesión en títulos nobiliarios por aplicación del principio de propinquidad, el comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1996, *RCDI*, 712 a 714.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ. *El negocio jurídico per relationem*, Madrid, 1994, 2.^a ed.
- DÍAZ-FRAILE. Comentario a la RDGRN de 16 de marzo de 2000. Limitación de las facultades de los apoderados generales respecto de los actos dispositivos que hayan de calificarse de personalísimos por afectar a la eficacia de disposiciones testamentarias, *ADC*, 853 a 877.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1988). *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, Barcelona (reimpresión 1992).
- LASARTE ÁLVAREZ (2010). Edad y sexo (primogenitura y masculinidad) en relación con los títulos nobiliarios. La pervivencia de la primogenitura y la abolición de la masculinidad: una incongruencia más del legislador contemporáneo, *Discriminación por edad y sexo*, Madrid.
- LÓPEZ VILAS (1974). *Régimen jurídico de los títulos nobiliarios. Sucesión y rehabilitación*, Madrid.
- (2009). *El nuevo Derecho nobiliario: la Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y de la mujer en la sucesión en los Títulos nobiliarios*, Valencia.
- MARTELO DE LA MAZA GARCÍ (2015). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (220/2015). Exclusión de la filiación adoptiva en la sucesión de los títulos nobiliarios.

- MARTÍNEZ CALCERRADA (1966). El testamento y su pretendida patrimonialidad. *RDP*, 1966, 463 y sigs.
- MORETÓN SANZ (2016). Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar. *RCDI*, 92, núm. 757, 2884-2919.
- ROCA SASTRE (1995). *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 1995, 2.^a ed.
- TABOADA ROCA (Conde de Borrajos) (1983). *Las sucesiones nobiliarias y su regulación jurídica legislativa después de la Constitución*, Madrid, 1983.
- TORRALBA MENDIOLA (2008). Procedimiento sucesorio internacional: Reflexiones sobre Ley aplicable y el paradigma concursal, *ADC*, LXI, 2008, fasc. III, 1261 a 1361.
- VAQUER ALOY (2016). La relajación de las solemnidades del testamento, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, núm. 4 (octubre-diciembre de 2016), 9-34.
- VERDA Y BEAMONTE (2009). Algunas precisiones sobre el régimen sucesorio de la Ley 33/2006, sobre igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, así como sobre la cesión y la distribución de los mismos, *RJN*, 71, 337 a 359.
- VIVAS TESÓN (2004). La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 1027). *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 335 a 346.

VI. ÍNDICE RESOLUCIONES

- Sentencia del Tribunal Constitucional, número 126/1997, de 3 de julio
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 2019
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de enero de 2019
- Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de noviembre de 2009
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de abril de 2008
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de febrero de 1981
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de octubre de 1943

NOTAS

¹ Este artículo es uno de los resultados del Proyecto de Excelencia I+D+i titulado «Postmodernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y Competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020.

Grupo de innovación docente en Historia del derecho, Acrónimo: GIDHISDER-UNED: Grupo de Investigación Historia del Pensamiento Jurídico-Político (GIHPJ-P).

² Vid., siempre la obra de los Profesores LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA en sus *Elementos de Derecho Civil* y los clásicos tomos del *Derecho de Sucesiones* de ROCA-SASTRE MUNCUNILL; también LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*.

³ En materia de interpretación testamentaria *vid.*, VIVAS TESÓN, (2004), La interpretación de la voluntad del testador a la luz del contexto histórico existente al momento de otorgar testamento. Comentario a la sentencia del TSJ de Cataluña 22 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 1027), *Revista de Derecho Patrimonial*, 13, 335-346.

⁴ En cuanto a la posibilidad de atribuir por negocios *inter vivos* derechos y bienes para el momento de la muerte de forma distinta a los negocios *mortis causa*, ALBIEZ

DOHRMANN sostiene que la limitación a la revocabilidad de la donación sucesoria impide considerarla como figura singular; así afirma que «la donación es, en principio, un negocio que necesariamente ha de ser dispositivo (arts. 609 y 618). Rige la prohibición de bienes futuros cuando tienen la consideración de bienes sucesorios (art. 635) y su revocación solo está prevista en determinados casos (arts. 644 y sigs.). Por lo tanto, es imposible que pueda darse la donación *mortis causa* como contrato autónomo, impidiéndolo por lo demás, expresamente el artículo 620 del Ce» (1998, *Negocios atributivos post mortem*, Madrid, 40 nt. 24).

⁵ Sobre estos aspectos, vid., MORETÓN SANZ, (2008), *La ascunción espontánea de deuda*, Valladolid, 46, nt. 26 y las sentencias de las Audiencias allí citadas.

⁶ Vid., MORETÓN SANZ (2016), Patrimonio hereditario y el cadáver: controversias doctrinales, jurisdiccionales y familiares sobre las exequias del causante y la dudosa aplicabilidad del elástico derecho a la intimidad personal y familiar, *RCDI*, 92, núm. 757, 2884-2919.

⁷ *Op. cit.*, 41.

⁸ Vid., sobre la sucesión en títulos nobiliarios por aplicación del principio de propinuidad, vid., el comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 1996, de CASTRO LUCINI, *RCDI*, 712 a 714; vid., también Prof. VERDA Y BEAMONTE, que lleva por título: Algunas precisiones sobre el régimen sucesorio de la Ley 33/2006, sobre igualdad en la sucesión de los títulos nobiliarios, así como sobre la cesión y la distribución de los mismos, *RJN*, 71, 2009, 337 a 359.

⁹ MARTELO DE LA MAZA GARCÍ (2015), Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015 (220/2015). Exclusión de la filiación adoptiva en la sucesión de los títulos nobiliarios, asevera: A mi juicio, la sentencia de 12 de enero de 2015 acierta plenamente cuando falla que, pese al artículo 14 de la Constitución (que prohíbe toda discriminación por razón de nacimiento) y la Ley de 13 de mayo de 1981 (que reformó la filiación equiparando a todos los efectos la filiación adoptiva a la filiación por naturaleza), debe seguir considerándose que la filiación adoptiva es un obstáculo insalvable para suceder en las dignidades nobiliarias: el Derecho nobiliario solo contempla el parentesco por consanguinidad, por lo que el parentesco civil, que es el que se funda en la adopción, no puede fundamentar nunca una sucesión nobiliaria. (...) La razón es que el orden sucesorio en los títulos nobiliarios está ligado al concepto de linaje, y este al de consanguinidad. Y ocurre que la adopción, por mucha fuerza jurídica que se le quiera atribuir, no integra al adoptado dentro del linaje: se puede cambiar casi todo menos la naturaleza de las cosas, y el nexo de unión —la naturaleza— de toda estirpe o linaje es el vínculo de sangre. Luego, la exigencia de consanguinidad es, inevitablemente, parte integrante del orden sucesorio de las mercedes.

¹⁰ La sentencia cuenta con un voto particular de los Magistrados Francisco Javier ARROYO FIESTAS y Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, al estimar que la argumentación conculca el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución. El principio de igualdad en la filiación matrimonial, extramatrimonial y adoptiva, no admite excepciones siquiera en la sucesión en un título nobiliario.

¹¹ BADORREY MARTÍN, (2018), El tiempo inmemorial: análisis crítico de su noción y aplicabilidad en el Derecho civil y administrativo según la legislación y jurisprudencia contemporáneas, *RCDI*, año núm. 94, núm. 769, 2723-2744.

1.5. Obligaciones y contratos

El régimen del vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo, y la doctrina del TJUE en sus resoluciones de 26 de marzo y 3 de julio de 2019

The early expiration in mortgage loans after Law 5/2019, of March 15th, and the CJEU doctrine in its resolutions of March 26th and July 3rd, 2019

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: Tras mucho tiempo de espera y gran incertidumbre, el 26 de marzo de 2019 el TJUE se pronunció en relación a la cuestión prejudicial planteada desde el Tribunal Supremo sobre las consecuencias en el proceso de la declaración como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado; doctrina que vino a ser confirmada posteriormente por tres autos del TJUE de 3 de julio de 2019. Poco antes se aprobó en España la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario que acoge un régimen específico con determinados requisitos para poder dar por vencido anticipada y totalmente el crédito, así como un régimen transitorio sobre su aplicabilidad no exento de críticas. En este trabajo se analizará esa doctrina del TJUE y las nuevas previsiones de la Ley 5/2019 en relación con el vencimiento anticipado.

ABSTRACT: *After a long time of waiting and great uncertainty, on March 26th, 2019, the CJEU ruled on the question submitted by the Supreme Court on the consequences in the process of the declaration as abusive of an early termination clause; doctrine that came to be confirmed by three resolutions of the CJUE of July 3rd, 2019. Shortly before, Law 5/2019, of March 15th, was approved in Spain, regulating real estate credit agreements that includes a specific regime with certain requirements to be able to give up the credit in advance and totally, as well as a transitory regime on its applicability not exempt from criticism. This paper will analyze that STJUE and the new provisions of Law 5/2019 in relation to the early expiration of the loan.*

PALABRAS CLAVE: Crédito inmobiliario. Vencimiento anticipado. Préstamo hipotecario. Ley 5/2019. TJUE.

KEY WORDS: *Real estate credit. Early termination. Mortgage loan. Law 5/2019. CJUE.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECIENTE, LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019 Y LOS AUTOS DEL TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019.—III. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Dada la generalización de su inclusión en todos los contratos de préstamo, particularmente en el hipotecario, las controversias judiciales en torno a las cláusulas de vencimiento anticipado han sido numerosas, partiendo de su consideración mayoritariamente como condición general de la contratación. Estas cláusulas desde hace muchos años han sido objeto de controversia con respecto a las causas que podían motivar ese vencimiento anticipado, su posible carácter abusivo en perjuicio del prestatario al generar un grave desequilibrio respecto a las posiciones jurídicas de cada una de las partes y, asimismo, a partir de la Ley 41/2007, sobre su acceso registral sin previa calificación atendiendo al tenor literal del artículo 12 LH.

La STS de 27 de marzo de 1999 en su momento puso en duda la validez de estos pactos de vencimiento anticipado en los préstamos hipotecarios, al considerarlos contrarios a los artículos 127 y 135 LH. Sin embargo, entre la doctrina se ha venido considerando válidos *a priori* este tipo de pactos, partiendo del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC)¹; e igualmente ya también los consideró válidos la jurisprudencia, sin perjuicio de analizar en el caso concreto su incorporación al contrato, su transparencia y su efectiva aplicación, controlando su ejercicio para evitar abusos.

La posibilidad de que el prestamista dé por vencido el préstamo totalmente de modo anticipado al término de extinción o vencimiento previsto en el contrato viene admitida para los préstamos hipotecarios en el artículo 693.2 LEC; en el resto de contratos de crédito tendría que acudirse para su justificación normativa a los artículos 1124 (resolución por incumplimiento del contrato) y 1129 del Código civil (que, dentro de las obligaciones a plazo, recoge las causas que motivarían la pérdida por el deudor del derecho al plazo)².

La controversia sobre esta cláusula y su ejercicio ha llegado al punto de que en el último año se suspendieron numerosas ejecuciones hipotecarias por estar pendiente una resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) sobre la cuestión prejudicial planteada en relación a las consecuencias de la declaración como abusiva de una cláusula de vencimiento anticipado, fundamentalmente en el marco del proceso de ejecución. Esta resolución ha recaído recientemente con la STJUE de 26 de marzo de 2019, que será objeto de comentario en este trabajo.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que durante esta espera y en el contexto de amplia litigiosidad judicial respecto a cláusulas del contrato de préstamo hipotecario, se ha tramitado la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que acoge unas disposiciones concretas en relación al vencimiento anticipado de ciertos préstamos hipotecarios. Estas disposiciones serán también objeto de análisis en este trabajo.

II. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL RECIENTE, LA STJUE DE 26 DE MARZO DE 2019 Y LOS AUTOS DEL TJUE DE 3 DE JULIO DE 2019

Ha sido el artículo 693.2 LEC, en sus distintas redacciones, aunque especialmente la original (que preveía la posibilidad de vencimiento total anticipado del préstamo ante el impago de algún plazo de deuda, por tanto, aun siendo simplemente una mensualidad la impagada) el que ha ido suscitando y fundamentando la controversia judicial en el marco de la abusividad de estas cláusulas de vencimiento anticipado; las demandas se plantearon mayoritariamente respecto a cláusulas de vencimiento anticipado en las que se preveía que con un solo mes impagado ya cabría el vencimiento anticipado (aunque en la práctica, normalmente el prestamista no lo ejercitaba hasta que había más número de meses impagados, si bien sin uniformidad ante la falta de criterio legal expreso³); o especialmente controvertido ha sido el vencimiento anticipado planteado ante el incumplimiento de cualquier obligación accesorio y no la esencial obligación de pago o devolución del préstamo.

Con anterioridad a la reforma acometida por la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, como he apuntado antes, según el artículo 693.2 LEC en los préstamos hipotecarios cabía reclamar «la totalidad de lo adeudado por capital y por intereses si se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los plazos diferentes y este convenio constase inscrito en el Registro». Con la indeterminada expresión de «falta de pago de alguno de los plazos», venía a admitirse entonces que el vencimiento del crédito se anticipase con el impago de un solo plazo o cuota de préstamo.

Pero tras la reforma efectuada por la Ley 1/2013 de ese artículo 693.2 LEC, para el vencimiento anticipado total se exigía, no solo el pacto previo, sino que se imponía que ese acuerdo se hiciera constar expresamente en la escritura de constitución; y, además, ya no se permitía que tuviera lugar con un solo plazo impagado, sino que exigía el impago de «al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo, al menos, equivalente a tres meses».

Además, una posterior reforma por Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil incluyó en este precepto la exigencia de constancia de ese convenio en el asiento registral respectivo, y no solo en la escritura de constitución.

En el marco jurisprudencial cabe advertir que tanto el Tribunal Supremo como el TJUE han admitido la validez de estas cláusulas de vencimiento anticipado, aunque sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos, buscando equilibrar más las posiciones jurídicas de las partes y también, a la par y con ello, restringir las posibilidades de abusos en la anticipación del vencimiento del crédito.

En un primer momento, esas exigencias se plasmaron en la obligatoria previsión en el propio contrato de las causas que motivarían ese vencimiento anticipado, así como en la necesidad de que esa causa se refiera a un incumplimiento esencial de las obligaciones, como sería el impago de las cuotas de amortización del préstamo (entre otras, *vid.* SSTs de 4 de junio de 2008 y de 16 de diciembre de 2009).

El TJUE en su sentencia de 14 de marzo de 2013 (asunto *Mohamed Aziz*, C-415/11) concretó una serie de criterios a los que debía atenderse y comprobarse

por el juez en caso de cláusulas relativas al vencimiento anticipado en los contratos de larga duración por incumplimientos del deudor en un periodo limitado [doctrina reiterada posteriormente en STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto *Banco Primus*, C-421/14)⁴]:

- «a) si la facultad del profesional de dar por vencida anticipadamente la totalidad del préstamo depende de que el consumidor haya incumplido una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual de que se trate;
- b) si esa facultad está prevista para los casos en los que el incumplimiento tiene carácter suficientemente grave con respecto a la duración y a la cuantía del préstamo;
- c) si dicha facultad constituye una excepción con respecto a las normas aplicables en la materia; y
- d) si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado del préstamo».

Pero, sin duda, el foco de las controversias se centró en los últimos años en concretar qué efectos se derivan de la declaración como abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado en el caso concreto; las consecuencias de ello en el contrato y en el proceso. El debate se ha suscitado en el marco de dos posibilidades: o la continuación del proceso ejecutivo, pese a la nulidad de la cláusula que justificó la incoación de ese proceso; o el sobreseimiento de esa ejecución con remisión al acreedor al proceso declarativo ordinario oportuno con base en el incumplimiento y resolución contractual *ex* artículo 1124 del Código civil.

A este respecto hay que recordar la doctrina del TJUE de la prohibición de moderación, integración o modificación de los contratos ante una cláusula declarada nula por abusiva, debiendo sin más inaplicarla: así, entre otras, SSTJUE de 14 de junio de 2012 (asunto *Banesto*, C-618/2010), de 30 de mayo de 2013 (asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C- 488/11) y de 21 de enero de 2015 (asunto *Unicaja y Caixabank*, acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13). El TJUE solo permite aplicar de modo supletorio una norma de carácter dispositivo del Derecho nacional ante una cláusula declarada abusiva, cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se vea obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quede expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización (*vid.* SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, C-26/13, y de 21 de enero de 2015, asunto *Unicaja y Caixabank*, acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13).

A raíz de estas resoluciones del TJUE y su doctrina, el Tribunal Supremo cambió su criterio jurisprudencial y en las SSTs de 23 de diciembre de 2015⁵ y de 18 de febrero de 2016 determinó que no podían admitirse cláusulas de vencimiento anticipado por impago o incumplimiento de cualquier obligación, de modo que, aunque se ajusten a las previsiones legales (particularmente, el art. 693.2 LEC), el juez debe valorar también si está justificado el ejercicio de la facultad de vencimiento anticipado con base en el carácter esencial de la obligación, la gravedad del incumplimiento (en función de la duración y cuantía del préstamo) y si se permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación.

Ahora bien, en estas sentencias el Tribunal Supremo también se refirió a las consecuencias de la declaración de nulidad. Concretamente determinó que, pese

a la nulidad declarada por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado, ello no implica necesariamente el sobreseimiento del proceso ejecutivo hipotecario, por cuanto considera que eso no supondría necesariamente lo más favorable para el deudor. Y para fundamentar esa decisión nuestro Alto Tribunal se basa en la doctrina del TJUE que permite la aplicación de una norma dispositiva o supletoria en sustitución de la cláusula abusiva, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato. Aunque advierte que dicha posibilidad queda limitada a los supuestos en los que la declaración de nulidad de la cláusula abusiva obligue al juez a anular el contrato en su totalidad, quedando expuesto el consumidor de ese modo a consecuencias de tal índole que representan para este una penalización, el Tribunal Supremo en la STS de 23 de diciembre de 2015 considera que ese es el caso planteado y que existiría una penalización para el prestatario si la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, por razón de la levedad del incumplimiento previsto para su aplicación, cerrara el acceso al proceso de ejecución hipotecaria incluso en los casos en que el incumplimiento efectivamente producido haya tenido una gravedad adecuada a la consecuencia del vencimiento anticipado; considera el Tribunal Supremo que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor. Y así, entre los efectos favorables para el prestatario que pueden derivarse de estar en un proceso ejecutivo cita el Tribunal Supremo la posible liberación del bien hipotecado prevista en el artículo 693.3 LEC mediante el pago de las cantidades pendientes, o lo previsto en los artículos 579 y 682.2.1.º LEC. De modo que trata de justificar así que no pueda afirmarse incondicionalmente que la decisión de proseguir la ejecución sea más perjudicial para el consumidor; considerando que, al contrario, sobreseer el procedimiento especial de ejecución para remitir a las partes al juicio declarativo, puede privar al prestatario de ventajas relevantes.

Pero esta decisión motivó un voto particular concurrente del magistrado ORDUÑA MORENO que discrepa de la doctrina jurisprudencial que sienta esta sentencia (tras haber declarado la nulidad de la cláusula y su consiguiente inaplicación), en favor de la procedencia en estos casos de que continúe el proceso de ejecución; considera que dicha doctrina jurisprudencial, de un modo frontal y con carácter general, desnaturaliza conceptualmente el control de abusividad, neutraliza su efectividad y función, supone una clara integración de la cláusula declarada abusiva y, en definitiva, resulta contraria a la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en este ámbito». Advierte de la necesaria distinción entre un plano valorativo centrado en la calificación del carácter abusivo de la cláusula y el plano pertinente a las consecuencias derivadas de la declaración de abusividad de la cláusula en cuestión, propiamente dicho. Y en el marco de esta distinción señala que la excepcional integración que el TJUE viene admitiendo ante cláusulas declaradas abusivas (*vid.* STJUE de 30 de abril de 2014, asunto *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, C-26/13), solo es posible cuando dicha integración, conforme a la finalidad y al efecto disuasorio perseguidos por la Directiva 93/13, y afectante a un elemento esencial del contrato principal, permita la subsistencia de este solo en beneficio de los intereses del consumidor adherente; sin embargo, señala ese voto particular, la doctrina sentada con la STS de 23 de diciembre de 2015 acoge una integración, con sustitución de la cláusula abusiva de vencimiento anticipado por la aplicación del artículo 693.2 LEC, que solo opera en beneficio exclusivo, y excluyente, de la entidad bancaria; advierte a este respecto que el despacho de la ejecución, se mire por donde se mire, comporta

la consecuencia directa más adversa posible o perjudicial para el consumidor; que no solo viene obligado a la restitución del capital prestado, hipótesis que valoraba la citada sentencia del TJUE, sino que pasa directamente al ámbito de la ejecución patrimonial, con las consecuencias añadidas que acompañan a esta situación jurídica; frustrándose cualquier efecto disuasorio de la declaración de abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado.

A las críticas contenidas en este voto particular, se sumaron distintas resoluciones posteriores de otros juzgados que ponían en entredicho esa doctrina del Tribunal Supremo: todo lo cual motivó que se elevara cuestión prejudicial al TJUE para que concretase si es o no contrario al Derecho comunitario o a la jurisprudencia que interpreta la falta de sobreseimiento del proceso ejecutivo y la continuación de la ejecución directa hipotecaria pese a haberse declarado la nulidad por abusiva de la cláusula de vencimiento anticipado incluida en el contrato de préstamo. Consecuencia del planteamiento de esta cuestión prejudicial fue la suspensión de numerosas ejecuciones hipotecarias a resultas de lo que se decidiera al respecto por el TJUE⁶.

A esta situación se le puso fin con la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) que resolvió la cuestión prejudicial planteada en esta materia, determinando, con base en doctrina jurisprudencial comunitaria ya consolidada y a la que he hecho referencia anteriormente:

- a) Por un lado, que no podrá conservarse parcialmente una cláusula si es declarada abusiva suprimiendo los elementos que le hagan abusiva, si eso implica modificar el contenido de la cláusula afectando a su esencia; por tanto si una cláusula se declara abusiva, se declara en su totalidad.
- b) Y, por otro lado, que el juez nacional, una vez declarada nula esa cláusula abusiva, podría sustituirla por una nueva redacción según la norma legal que la inspiró (que para el caso de vencimiento anticipado en España sería el art. 693.2 LEC), aplicable si así se pactó en el contrato por las partes; pero solo podrá admitirse esa sustitución si concurren dos presupuestos: i) que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y ii) que la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales.

Además, en esta STJUE de 26 de marzo de 2019 en su apartado 60 se señala que «incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes comprobar, con arreglo a las normas de Derecho interno y adoptando un enfoque objetivo (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de marzo de 2012, *Pereničová y Perenič*, C-453/10, apartado 32), si la supresión de esas cláusulas tendría como consecuencia que los contratos de préstamo hipotecario no puedan subsistir»; y seguidamente indica que «en tal supuesto (es decir, si no pudiera subsistir el contrato), corresponderá a los órganos jurisdiccionales remitentes examinar si la anulación de los contratos de préstamo hipotecario objeto de los litigios principales expondría a los consumidores en cuestión a consecuencias especialmente perjudiciales». En este punto alude el TJUE a la anulación de los contratos de préstamo y al posible perjuicio del consumidor, en relación con el vencimiento anticipado del crédito; pero genera cierta confusión en sus apartados porque debe tenerse en cuenta que la anulación de la cláusula de vencimiento anticipado no implica la anulación del contrato en su conjunto, salvo que se entendiera que sin esa cláusula no puede subsistir el contrato (afirmación esta última de la que discrepo).

Por otro lado, el apartado 63 de esta STJUE de 26 de marzo de 2019 señala que «si los órganos jurisdiccionales remitentes llegan a la conclusión de que los contratos de préstamo hipotecario en cuestión pueden subsistir sin las cláusulas abusivas controvertidas en los litigios principales, deberían abstenerse de aplicar dichas cláusulas, salvo que el consumidor se oponga a ello, en particular en el caso de que este considere que una ejecución hipotecaria seguida al amparo de tal cláusula le sería más favorable que el cauce del procedimiento de ejecución ordinaria». Es decir, advierte el TJUE que si se declara abusiva la cláusula, aun entendiendo que el contrato puede subsistir sin ella, procediendo sin más a no aplicarla, debe preguntarse al consumidor si se muestra conforme con su no aplicación o prefiere que se siga aplicando tal cláusula, concretamente de cara a que continúe el proceso de ejecución hipotecaria. Realmente esta argumentación indicada en este apartado 63 no se ha trasladado al «fallo» o declaración de la sentencia, pero ha generado también motivo de debate y de interpretación.

En definitiva, a mi juicio, esta STJUE determina que debe examinarse cada contrato en el marco de cada proceso, y decidirse por el juez si ese contrato puede o no subsistir sin esa cláusula declarada abusiva. Y si no puede subsistir entonces cabe proceder a integrar el contrato sustituyendo la cláusula abusiva por su formulación legal supletoria si la anulación del contrato (porque no puede subsistir sin la cláusula declarada nula) perjudica al consumidor. Vienen a preverse así como presupuestos concurrentes pero de aplicación sucesiva.

En mi opinión, un contrato de préstamo hipotecario puede subsistir sin una cláusula de vencimiento anticipado, pues no es una cláusula esencial. Por lo tanto, considero que, atendiendo a esta doctrina del TJUE que acabo de señalar que exige la concurrencia de los dos presupuestos de forma sucesiva (no subsistencia del contrato y, en tal caso, anulación del contrato perjudicial para el consumidor), no debe sustituirse esa cláusula de vencimiento anticipado declarada nula: debe considerarse como no puesta, inexistente, y no procede sustitución ni integración o moderación ninguna. Y por ello, en los asuntos pendientes en ejecución hipotecaria, procede el sobreseimiento y archivo del proceso. Ahora bien, atendiendo a lo que apunta el TJUE en ese apartado 63 mencionado, parece que debiera en estos casos, preguntarse al consumidor antes de declararse el archivo y sobreseimiento del proceso si está de acuerdo con ello o prefiere continuar con el proceso; y si así lo interesa, entonces continuar con él⁷.

La doctrina apuntada por esta STJUE de 26 de marzo de 2019 ha venido a confirmarse en sede comunitaria por tres recientes Autos del TJUE del pasado 3 de julio de 2019 (dictados respectivamente en los asuntos C-92/16, C-167/16 y asunto C-486/16). Además, el Auto referido a este último asunto (C-486/16), aparte de advertir en sus considerandos 40 y 41 que es el juzgador quien debe determinar si el contrato puede o no subsistir sin la cláusula abusiva de vencimiento anticipado declarada nula; y en caso de que no subsistiera el contrato, el TJUE (en el considerando 48 de ese Auto dictado en el asunto C-486/16) entiende admisible una segunda demanda de ejecución hipotecaria con base en el art. 693.2 LEC por entender que las consecuencias económicas no se derivarían de la cláusula contractual, sino en un incumplimiento contractual por impago de las cuotas de amortización del préstamo (obligación esencial en este contrato).

No obstante, dado lo reciente que es esta doctrina del TJUE, y estando pendiente aún el Tribunal Supremo de resolver acerca de esta cuestión habrá que seguir estando atentos a cómo evoluciona este tema tan controvertido.

III. EL VENCIMIENTO ANTICIPADO EN LA LEY 5/2019, DE 15 DE MARZO, REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

La regulación del vencimiento anticipado ha sido uno de los aspectos más controvertidos durante la tramitación parlamentaria del proyecto de la Ley 5/2019 (en adelante LCCI), especialmente en lo relativo a qué sucedía con los contratos anteriores; y ello por cuanto esta nueva Ley es heredera de una situación judicial polémica que ha tenido su último capítulo con la reciente STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) y los referidos autos del TJUE de 3 de julio de 2019 ya comentados en el apartado anterior.

Antes de centrarme en lo previsto en el artículo 24 LCCI, que es el que concreta el régimen aplicable en esta LCCI⁸ al posible vencimiento anticipado del préstamo, considero oportuna una breve referencia a la modificación del artículo 12 LH, en relación con el acceso registral de esta cláusula financiera, llevada a cabo por la disposición final primera, apartado uno, de la LCCI, justificada en cierta controversia anterior surgida tras la modificación de este precepto por la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, al prever el acceso al asiento registral de cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras indicándose que estas cláusulas: «en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización». El tenor literal de esta norma venía a determinar que esas cláusulas financieras (que *a priori* no tenían trascendencia real) no eran objeto de calificación registral (pues el objeto de esta solo eran las cláusulas de trascendencia real) pero, no obstante, sí que se harían constar en el asiento registral, tal y como aparecían en la escritura; en definitiva, venía a preverse su mera transcripción⁹. Ahora bien, pese a ese tenor literal, y cambiando su doctrina inicial, la Dirección General de los Registros y del Notariado determinó en resoluciones de 1 de octubre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011, 8 de junio de 2011 y 16 de agosto de 2011, entre otras, que la calificación registral sí debía abarcar esas cláusulas financieras, de modo que se debía rechazar la inscripción de aquellas que fueran abusivas o contrarias a la legalidad; posteriormente el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de septiembre de 2013¹⁰ avaló esta doctrina. Y ahora ya con la modificación del tenor del artículo 12 LH efectuada por la LCCI se consagra normativamente esta nueva doctrina y con ello el sometimiento a calificación registral también de las cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras incluidas en el préstamo hipotecario: además de no limitar esa calificación a los supuestos en los que el acreedor es una entidad de las previstas en el artículo 2 de la Ley 2/1981 sino que podría ser cualquier acreedor; lo que se señala ahora en el artículo 12 LH es que esas cláusulas de vencimiento anticipado y demás financieras en obligaciones garantizadas por hipoteca «en caso de calificación registral favorable *de las mismas* y de las demás cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización» (la cursiva es mía); por lo tanto, se deja claro que esas cláusulas financieras sí serán objeto de calificación registral y no de mera transcripción automática en el asiento, de modo que solo si obtienen una calificación favorable podrán acceder al asiento registral.

Centrando ya la cuestión en la regulación del vencimiento anticipado en el artículo 24 LCCI, este precepto, tratando de cumplir con el mandato del artículo 28.1 de la Directiva 2014/17/UE, acoge unas previsiones que tratan de objetivar bajo ciertas circunstancias lo que sería un incumplimiento grave de la obligación de pago del crédito o préstamo, configurándose como de carácter

imperativo, pues, como en él mismo se señala, no admiten pacto en contrario (art. 24.2 LCCI), ni siquiera, cabe entender, pacto que fuera más favorable para el prestatario¹¹.

En el artículo 24.1 LCCI se acogen los requisitos que deben concurrir para que se admita el vencimiento anticipado del contrato, perdiendo el prestatario el derecho al plazo; son requisitos que se exige que concurren conjuntamente todos ellos. Dadas estas exigencias, junto con la autocalificación como norma imperativa, cabe afirmar:

- a) Por un lado, que solo podrá producirse el vencimiento anticipado en caso de que concurren esos requisitos (aunque literalmente no se prevea esa exclusión de otros casos, es esa la interpretación más lógica en este contexto); y
- b) Asimismo, que la consecuencia del vencimiento anticipado solo viene vinculada a un incumplimiento de la obligación principal, y ya no de obligaciones accesorias como en ocasiones hasta ahora se venían planteando y previendo en el contrato (por ejemplo, por el impago de la prima del seguro de daños exigido).

Cabe advertir, por otro lado, que en cuanto a su concreto ámbito de aplicación, el artículo 24 LCCI se refiere a «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»¹².

Atendiendo ya a los requisitos exigidos y que deben concurrir conjuntamente para que se pueda dar por vencido anticipadamente el préstamo, estos son (art. 24.1 LCCI):

- a) La mora del prestatario 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 3% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo, considerándose 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 meses¹³.
 - ii) Al 7% 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 meses¹⁴.
- c) Un requerimiento de pago del prestamista al prestatario concediéndole un plazo de al menos un mes¹⁵ para su cumplimiento y regularizar la deuda, incluyendo la advertencia de que, de no ser atendido ese requerimiento, le reclamará el reembolso total adeudado del préstamo¹⁶.

Estos requisitos o circunstancias que pueden justificar el ejercicio del vencimiento anticipado por parte del acreedor, deberán ser objeto de la oportuna información al prestatario, incluso con antelación a la contratación del préstamo. Aunque expresamente no se indique, en la sección 13.^a de la FEIN (Ficha Europea de Información Normalizada) es posible, en mi opinión, incluir información al respecto que complete y afiance el conocimiento al respecto de esta posible situación del potencial prestatario. No obstante, en todo caso, sí que se prevé expresamente que se contenga información sobre ello en la Ficha de Advertencias Estandarizada (FIAE) contenida en el anexo II de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que se ha modificado por el artículo segundo, apartado diecinueve de la Orden ECE/482/2019, de 26 de abril.

Asimismo, junto a estas previsiones del artículo 24 LCCI debe tenerse en cuenta el artículo 693.2 LEC que, en sede de proceso de ejecución hipotecaria acoge la regulación del vencimiento anticipado de deudas a plazos, y que también se ha modificado por la LCCI, a través de su disposición final quinta, apartado dos, en el siguiente sentido:

- Si se trata de un préstamo o crédito «concluido por una persona física» y que esté garantizado mediante hipoteca sobre vivienda o cuya finalidad sea la adquisición de bienes inmuebles para uso residencial, el artículo 693.2 LEC ahora se remite a lo previsto en el artículo 24 LCCI y, en su caso, al artículo 129 bis LH para poder reclamar la totalidad de lo adeudado (por capital e intereses) dando por perdido el derecho al plazo y vencido todo el crédito; una doble remisión que se considera redundante en la medida que ese artículo 129 bis LH (que se añade a la LH por la disposición final primera, apartado cuatro, de la LCCI) tiene prácticamente el mismo tenor literal que el artículo 24 LCCI¹⁷.
- En el resto de los casos, el vencimiento anticipado tendrá lugar en caso de que así se hubiera convenido por las partes y en los términos que consten en la escritura de constitución y en el asiento respectivo. El artículo 693.2 LEC, aparte de la indicada remisión al artículo 24 LCCI, ya no alude a ninguna exigencia de número de plazos impagados ni a otros requisitos legales para proceder justificadamente al vencimiento anticipado total del préstamo: en estos casos se atenderá a lo pactado expresamente por las partes; ha desaparecido así el criterio legal mínimo de impagos para estos casos y, con ello, una referencia clara para determinar en tales supuestos la abusividad de los vencimientos anticipados declarados por el prestamista¹⁸.

Por último, resulta oportuno asimismo apuntar unas breves consideraciones sobre el régimen transitorio previsto en la LCCI respecto de este artículo 24 LCCI sobre el vencimiento anticipado, habida cuenta de las numerosas ejecuciones hipotecarias pendientes suspendidas en su tramitación en espera de la resolución de la cuestión prejudicial sobre esta materia por el TJUE, ya resuelta recientemente en STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17) a la que he hecho referencia anteriormente, y la enorme trascendencia económica y social que tal régimen supone.

Tal y como señala la disposición final decimosexta de la LCCI, esta Ley entrará en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado (en adelante BOE): dicha publicación tuvo lugar el 16 de marzo de 2019, de modo que la LCCI ha entrado en vigor el 16 de junio de 2019. A pesar de que la regla

general es que la LCCI no se aplicará retroactivamente a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor; lo cierto es que en la disposición transitoria primera de la LCCI se han acogido ciertas excepciones: junto a la excepción más general (apartado dos de la referida disposición transitoria primera) referida a la novación o subrogación efectuada en el contrato con posterioridad a la entrada en vigor de la LCCI, que determinará la aplicación de las previsiones de esta a ese contrato, se acoge otra excepción más concreta al vencimiento anticipado (apartado cuarto de la referida disposición transitoria primera de la LCCI) que determina la aplicación de lo previsto en el artículo 24 LCCI a los contratos anteriores a la entrada en vigor de la LCCI que entren en el ámbito objetivo de aplicación de esta LCCI y de este precepto¹⁹ y en los que se incluyan²⁰ cláusulas de vencimiento anticipado, «salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él»²¹. Ahora bien, ese vencimiento anticipado deberá haberse producido con posterioridad a la entrada en vigor de la LCCI; si el vencimiento anticipado ya se hubiera producido antes de que entre en vigor esta LCCI entonces no se podrá aplicar el artículo 24 LCCI, y ello con independencia de si se hubiera instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, o de si este proceso estuviera suspendido o no²².

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012 (asunto *Banesto*, C-618/2010)
- STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto *Mohamed Aziz*, C-415/11)
- STJUE de 30 de mayo de 2013 (asunto *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11)
- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, C-26/13)
- STJUE de 21 de enero de 2015 (asunto *Unicaja y Caixabank*, acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13)
- ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, C-602/13)
- STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto *Banco Primus*, C-421/14)
- STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17)
- ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-92/16)
- ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-167/16)
- ATJUE de 3 de julio de 2019 (asunto C-486/16)

- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 4 de junio de 2008
- STS de 16 de diciembre de 2009
- STS de 13 de septiembre de 2013
- STS de 23 de diciembre de 2015
- STS de 18 de febrero de 2016

- RDGRN de 2 de octubre de 2006
- RDGRN de 1 de octubre de 2010
- RDGRN de 21 de diciembre de 2010
- RDGRN de 11 de enero de 2011
- RDGRN de 8 de junio de 2011
- RDGRN de 16 de agosto de 2011

V. BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN DOMÈNECH, F., STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: crisis del sistema procesal español, en Albiez Dohrmann, K.J. (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 1205-1222.
- CABANAS TREJO, R., La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?, *Diario La Ley*, núm. 9387, de 1 de abril de 2019.
- DÍAZ FRAILE, J.M.^a, Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013, en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, Dykinson, Madrid, núm. 6, 2013-2014, 583-605 (disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-38).
- Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, Dykinson, Madrid, núm. 7, 2015, 329-334 (disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-20).
- La nueva regulación del vencimiento anticipado prevista en el artículo 22 del proyecto de Ley de contratos del crédito inmobiliario, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-nueva-regulacion-del-vencimiento-anticipado-en-el-proyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/>.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.^a, La incidencia de la Ley reguladora del crédito inmobiliario en el procedimiento de ejecución de la LEC, en AAVV, *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, La Ley, 2019.
- GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F., *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por Notarios y Registradores de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 494 pp.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, 137 pp.
- HERNÁNDEZ TORRES, E., El vencimiento anticipado en el proyecto de Ley sobre contratos de crédito inmobiliario, en Sánchez Lería y Vázquez-Pastor Jiménez (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus, Madrid, 2018, 217-230.
- MARQUÉS MOSQUERA, C., El vencimiento anticipado por impago en los préstamos hipotecarios. Últimas turbulencias en materia hipotecaria. Incertidumbre a la espera de la decisión del TJUE, *El Notario del siglo XXI*, núm. 83, enero-febrero, 2019 (disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/9163-el-vencimiento-anticipado-por-impago-en-los-prestamos-hipotecarios>).
- RIVERA FERNÁNDEZ, M., Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64 (2.ª época), octubre, 2000, 1950-1968.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 162, noviembre, 2009, 2371-2397.

— *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

SÁNCHEZ GARCÍA, J. M.^a, El vencimiento anticipado en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en AAVV, *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, La Ley, 2019.

NOTAS

¹ Cfr., entre otros, GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., *Las cláusulas no inscribibles en el contrato de préstamo hipotecario*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, 77 y sigs.; GARCÍA-ESCÁRZAGA GONZÁLEZ, F.: *Las condiciones generales en el préstamo hipotecario: su control por Notarios y Registradores de la Propiedad*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, 44-51; y RIVERA FERNÁNDEZ, M.: Préstamos hipotecarios y cláusulas de vencimiento anticipado, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 64 (2.^a época), octubre de 2000, 1951 y sigs.

² La DGRN en su resolución de 2 de octubre de 2006 señaló: «Con carácter general, se entiende que los pactos de vencimiento anticipado son aquellos por los que, mediando determinada conducta del deudor o concretas circunstancias especificadas en el contrato, el crédito podría darse por vencido anticipadamente y la hipoteca que lo garantiza ejecutarse, entendiéndose, también, que la regla general del artículo 1127 del Código civil es subsidiaria de la voluntad de las partes, que podrían pactar la exigibilidad anticipada del cumplimiento de la obligación, y que no es imperativa la norma contenida en el artículo 1129 del Código civil, toda vez que este último precepto enumera las causas legales que permiten la exigibilidad anticipada del crédito ante la disminución de las expectativas de cobro para el acreedor, no impidiendo, y eso es lo decisivo, que los interesados puedan pactar otras diferentes».

³ Ahora bien, como señalaron el ATJUE de 11 de junio de 2015 (asunto *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A.*, C-602/13) y la STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto *Banco Primus*, C-421/14), el hecho de que la cláusula de vencimiento anticipado declarada abusiva no se hubiera aplicado efectivamente, en la práctica no obstaba a que el juez debiera deducir todas las consecuencias propias y oportunas del carácter abusivo de esa cláusula en cuestión.

⁴ Al respecto, *vid.* ADÁN DOMÉNECH, F., STJUE de 26 de enero de 2017 sobre cláusulas de vencimiento anticipado: crisis del sistema procesal español, en Albiez Dohrmann, K.J. (dir.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Novedades legislativas y problemas prácticos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 1205-1222.

⁵ *Vid.* DÍAZ FRAILE, J.M., Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, Dykinson, Madrid, núm. 7, 2015, 329-334 (disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2015-20).

⁶ Cfr. MARQUÉS MOSQUERA, C., El vencimiento anticipado por impago en los préstamos hipotecarios. Últimas turbulencias en materia hipotecaria. Incertidumbre a la espera de la decisión del TJUE, *El Notario del siglo XXI*, núm. 83, enero-febrero, 2019 (disponible en: <http://www.elnotario.es/index.php/opinion/opinion/9163-el-vencimiento-anticipado-por-impago-en-los-préstamos-hipotecarios>).

⁷ Cfr. CABANAS TREJO, R., La sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el vencimiento anticipado y la nueva Ley del Crédito Inmobiliario ¿en verdad, problema resuelto?, *Diario La Ley*, núm. 9387, de 1 de abril de 2019; SÁNCHEZ GARCÍA, J.M., El vencimiento anticipado en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en AAVV, *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, La Ley, 2019; y FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., La incidencia de la Ley reguladora del crédito inmobiliario en el procedimiento de ejecución de la LEC, en AAVV, *Especial Ley Reguladora de los Contratos de Crédito Inmobiliario*, La Ley, 2019.

⁸ Respecto a esta Ley 5/2019 y sus distintas disposiciones, con un análisis normativo y jurisprudencial detallado y completo de su contenido, *vid.* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

⁹ A este respecto, *vid.* SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., Acceso registral de las cláusulas del préstamo hipotecario antes y después de la Ley 41/2007, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 162, noviembre de 2009, 2371-2397.

¹⁰ *Vid.* DÍAZ FRAILE, J.M., Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 2013, en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, BOE, Dykinson, Madrid, núm. 6, 2013-2014, 583-605 (disponible en: https://www.boe.es/publicaciones/comentarios/sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/abrir_pdf.php?id=COM-D-2013-38).

¹¹ Según HERNÁNDEZ TORRES «nada debería impedir que las partes, voluntariamente, optaran por suscribir un pacto más favorable a los intereses del prestatario. De este modo el prestamista podría ofrecer condiciones más favorables al deudor que le permitiera competir con otras entidades y el deudor seguiría estando protegido» [HERNÁNDEZ TORRES, E., El vencimiento anticipado en el proyecto de Ley sobre contratos de crédito inmobiliario, en Sánchez Leoría y Vázquez-Pastor Jiménez (coords.), *Los contratos de crédito inmobiliario. Algunas soluciones legales*, Reus, Madrid, 2018, 229]. Como señala DÍAZ FRAILE, este carácter imperativo puede plantear ciertos problemas de rigidez al determinar la automaticidad del vencimiento anticipado ante la concurrencia de los requisitos previstos, cuando en algunos casos pudiera ser perjudicial tanto para deudor como para acreedor; en ese sentido, el haber admitido la posibilidad de pacto como también se planteó por algunas enmiendas al proyecto de LCCI en su tramitación en el Congreso (*cf.* las enmiendas núm. 49 del Grupo Parlamentario Unidos Podemos, núm. 109 del Grupo Parlamentario Socialista y núm. 193 del Grupo Parlamentario Ciudadanos) podría haber sido más oportuno: *vid.* DÍAZ FRAILE, J.M., La nueva regulación del vencimiento anticipado prevista en el artículo 22 del proyecto de Ley de contratos del crédito inmobiliario, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/la-nueva-regulacion-del-vencimiento-anticipado-en-el-proyecto-de-ley-de-contratos-de-credito-inmobiliario/> (última consulta el 10 de marzo de 2019), quien señala: «La imperatividad de la norma, sin embargo, puede plantear problemas de rigidez pues genera el efecto resolutorio propio del vencimiento de forma automática, incluso en el caso de que ello resulte inconveniente tanto para el deudor como para el acreedor, al que, en su caso, podría interesar más una refinanciación que una ejecución (para evitar su provisión como fallido). Habría bastado establecer la misma norma con carácter de derecho dispositivo aplicable supletoriamente en defecto de pacto, para evitar los riesgos del control discrecional de abusividad».

¹² Las condiciones o requisitos exigidos por el artículo 24 LCCI se prevén con respecto a contratos que el artículo 2 LCCI considera como objeto de aplicación de la propia LCCI, pero con unos matices diferenciadores en relación a los contratos de préstamo con la finalidad de adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir: i) El artículo 24 LCCI se refiere a esos préstamos cuando el terreno o inmueble sea para uso residencial; matiz que no se acoge en el artículo 2 LCCI, por lo que el artículo 24 LCCI restringe su ámbito de aplicación. ii) Pero, por contra, el artículo 24 LCCI, a diferencia del artículo 2 LCCI, no exige que en esos contratos de préstamo el prestatario, garante o fiador sea consumidor, sino simplemente «persona física»; de modo que en este sentido amplía el ámbito de aplicación del artículo 24 LCCI respecto al artículo 2 LCCI. Resulta criticable esta confusa previsión y cierta contradicción entre ámbitos de aplicación dentro de la misma LCCI, especialmente en el caso de la ampliación a personas físicas no consumidoras; una restricción dentro del propio ámbito de aplicación (al referirse solo a terrenos para uso residencial) podría admitirse, aunque en este caso no le veo un sentido y fin justificado; pero la ampliación a personas no consumidoras implica una alteración del propio ámbito de aplicación de la LCCI no justificado.

¹³ En el proyecto de LCCI las previsiones se referían a un 2 % del capital concedido y a un impago de nueve meses.

¹⁴ El proyecto de LCCI acogía, por el contrario, como en el supuesto anterior, otras condiciones: se refería a un 4 % del capital concedido y a un impago de doce meses.

¹⁵ En el proyecto de LCCI se preveía un plazo menor: solo 15 días.

¹⁶ Finalmente no se incluyó la previsión del anteproyecto de LCCI de marzo de 2017 de exigir, junto con el requerimiento de pago, que el prestamista ofrezca una renegociación con posible modificación de las condiciones del préstamo.

¹⁷ El tenor del nuevo artículo 129 bis LH tan solo cambia respecto al del artículo 24 LCCI en cuanto que en su supuesto de hecho acoge la misma expresión confusa del artículo 693.2 LEC de «préstamo o crédito concluido por una persona física» y se refiere solo a la garantía de la hipoteca. Esta expresión de «concluido por una persona física» es muy confusa; como tal no aclara si se refiere a prestatario o prestamista o a ambos incluso, o si se refiere a la figura del hipotecante en su caso; y el término «concluido» tampoco parece muy acertado en este contexto en el que se da por vencido, finalizado o extinguido el contrato de préstamo, no resultando claro si se refiere a esa situación de «dar por vencido» por una persona física o que el contrato de préstamo se haya «celebrado» por una persona física. La redacción es mejorable sin duda. Ahora bien, dada la remisión que el artículo 693.2 LEC hace al artículo 24 LCCI y la práctica total coincidencia literal con este último precepto del artículo 129 bis LH, cabe entender que esta expresión se refiere a «préstamos en los que el prestatario, fiador o hipotecante sea una persona física».

¹⁸ No obstante, probablemente los tribunales atiendan en estos casos como criterio de referencia a esos requisitos indicados en el artículo 24 LCCI. Si bien habrá que esperar a ver cómo se desarrolla la aplicación efectiva de esta norma en esta y en otras cuestiones.

¹⁹ A este respecto, debe tenerse en cuenta que la LCCI, y particularmente su artículo 24, no se aplica a todos los préstamos hipotecarios ni a todos los contratos de préstamo y, por tanto, no todos los contratos anteriores que cuenten con cláusulas de vencimiento anticipado podrán ver como se les aplica el artículo 24 LCCI en virtud de su disposición transitoria primera, apartado cuarto.

²⁰ Cabe advertir que esta exigencia de que «se incluya» la cláusula de vencimiento anticipado excluiría de la aplicación retroactiva de la LCCI a aquellos contratos en los que se hubiera declarado ya nula la cláusula de vencimiento anticipado, pues entonces esa cláusula ya se tiene por no puesta.

²¹ Inciso incorporado a la LCCI en su tramitación en el Senado y aprobado por el Congreso finalmente, y que precisamente guarda mucha similitud con lo que, posteriormente, ha indicado la STJUE de 26 de marzo de 2019 (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), a la que se hizo referencia en un apartado anterior de este trabajo.

²² *Cfr.* SÁNCHEZ GARCÍA, J.M., *El vencimiento anticipado...*, *op. cit.*; FERNÁNDEZ SEIJO, J.M., *La incidencia de la Ley reguladora...*, *op. cit.*; y CABANAS TREJO, R., *La sentencia del Tribunal de Justicia...*, *op. cit.*

1.6. Responsabilidad civil

De la música al ruido y del ruido a las inmisiones dañosas: intromisión a la intimidad personal y la prueba de la intensidad, gravedad y habitualidad

*Music go from noise and the noise go to
the damages derived from the acoustic
contamination: intrusion of privacy and the
evidence of the intensity, seriousness of the facts
and habitualty*

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular de Universidad de Derecho civil.

Coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED

RESUMEN: El ordenamiento jurídico en materia de inmisiones acústicas, provenga de la UE, o tenga carácter estatal, sea autonómico o local, sobre aquellas actividades que sobrepasan los límites de lo tolerable, constituye en la actualidad un sólido fundamento jurídico en la tutela de los derechos que se pueden ver involucrados en dichas inmisiones. Con estos antecedentes normativos, en estas líneas tendremos ocasión de constatar la procedencia del resarcimiento de los daños desde la perspectiva de la responsabilidad civil extracontractual. En este punto, concursa una línea jurisprudencial incontestable en la materia, donde si tras la valoración de la prueba se acredita la causalidad de los ruidos y de los daños, ha lugar al resarcimiento correspondiente. En particular, y si lo que fuese en inicio una interpretación musical —con instrumentos como el piano, arpa o como en el caso que pretendemos subrayar, un saxofón y guitarra eléctrica—, la melodía pasase a transformarse en «ruido», al concurrir intensidad, gravedad y habitualidad constitutiva de intromisión en el derecho a la intimidad, ha lugar al resarcimiento de la víctima, la imposición de obras de insonorización o la obligación de cesar en dicha actividad. De ahí el derecho a «ser dejado en paz», el «derecho al silencio».

ABSTRACT: The law about acoustic inmission, on those activities that exceed the limits beyond tolerable limits, it constitutes a solid juridical fundament in it guides of the rights that can be involved in this inmission. With the precedente law, will verifying the origin of the indemnity law of tort. The valuation of the causation of the noises and of the damages claims, their right to file a civil suit for damages and personal injury. In particular, if what was in beginning a musical interpretation with instruments piano, harp or saxophone and electric guitar, the melody

turn «noise», when converging intensity, graveness and usual and constituent of interference in the right to the intimacy, there is place to the victim's indemnity, the imposition of soundproof or fine in this activity. Of there the right to be left alone, the «right to the silence».

PALABRAS CLAVE: Privacidad. Prueba del ruido: intensidad. Gravedad. Habitualidad.

KEY WORDS: *Privacy. Evidence of the intensity. Seriousness of the facts. Habituality.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. COMENCEMOS POR EL FINAL: EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL), DE 8 DE MAYO DE 2019.—III. DE LO ANTERIOR RETOMEMOS: LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU ESPECIAL TUTELA EN EL ÁMBITO CIVIL.—IV. EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS.—V. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 1908 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN: 1. STS DE 31 DE MAYO DE 2007. DEPRECIACIÓN DE LA VIVIENDA Y DAÑOS AL PAISAJE. PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN ACÚSTICA E IMPROCEDENCIA POR LA CONTAMINACIÓN ESTÉTICA O VISUAL POR SER EL PAISAJE UN BIEN COLECTIVO NO SUSCEPTIBLE DE CONSTITUIR EL OBJETO DE UN DERECHO SUBJETIVO. 2. LOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES EXPUESTOS POR LA SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2007: LA EXCELENTE Y DIDÁCTICA SISTEMÁTICA DEL PONENTE MARÍN CASTÁN. 3. LA VÍA CIVIL COMO LA VÍA MÁS IDÓNEA PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia más proclive a resarcir los daños morales, ha sido también incorporada a la denominada contaminación acústica, y se ha reafirmado la tutela de la víctima sustentada en el capítulo jurídico de la protección de la intimidad y el respeto a la vida personal y familiar y, muy especialmente, de la inviolabilidad del domicilio familiar así como de los artículos 10, 15 y 18 de la Constitución Española y el octavo del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950. Y si, de nuevo, nos acercamos a esta materia, ya no es tanto por su novedad y revitalización y los nuevos perfiles atribuidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo a la intimidad familiar, y a las inmisiones inmateriales. En particular, es la incontrovertible doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Tribunal Supremo, dispuesta a estimar las pretensiones de las partes perjudicadas siempre y cuando se acredite que dichas emisiones resultan nocivas para la salud¹. A mayor abundamiento esta línea ha sido de general acogimiento entre el resto de los órganos jurisdiccionales, evidenciando una singular sensibilidad en el derecho a la intimidad personal y familiar, en el seno del hogar y vivienda habitual.

II. COMENCEMOS POR EL FINAL: EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO CIVIL), DE 8 DE MAYO DE 2019

Siendo Ponente SANCHO GARGALLO, dicta el mencionado auto, cuyo recurso de casación trae causa de la demanda interpuesta en su momento por D.^a Sonsoles contra D. Nemesio y D.^a Rebeca «en reclamación de que se declare que los ruidos ocasionados por los demandados y transmitidos a la vivienda de la actora constituye una intromisión ilegítima, perjudicial y nociva, que vulnera su derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del demandante, y que como consecuencia de tal intromisión se condene a los demandados alternativamente o bien a que dejen de tocar los instrumentos musicales en su vivienda o bien si desean continuar en tal actividad adopten las medidas de insonorización necesarias, así como al abono de una indemnización de 900 euros mensuales desde septiembre de 2011 hasta el cese efectivo de las molestias en la vivienda, más la cantidad de 3.626,69 euros por la insonorización efectuada y la de 4.380€ por los gastos médicos». En primera instancia, prosperó la demanda, resolución ante la cual los demandados interpusieron sin éxito recurso de apelación y, de conformidad a lo expuesto en las siguientes líneas, recurso de casación con idéntico resultado.

Si resulta especialmente destacable este ATS, es por la reiterada fundamentación en la STS que en su día dictase como ponente MARÍN CASTÁN y, que ya hemos tenido ocasión de destacar. En suma, ha lugar a la ratificación de lo que ya es una incontrovertida línea y doctrina jurisprudencial, en lo que afecta al ruido, a su tutela con él, incluso, cuando aquel provenga de lo que resulte ser una creación o interpretación del espíritu. Circunstancias ambas que en ausencia de los debidos medios de insonorización, si fueren causa de daños acreditables a un tercero, producirá el resarcimiento preceptivo.

CUARTO.—En cuanto al recurso de casación se articula en un único motivo en el que se alega la infracción del artículo 590 del Código civil, en relación con los artículos 120.3 CE, 11 y 248.1 de la LOPJ y 218 LEC. Alega la parte recurrente que no existe prueba alguna que determine que la emisión de notas musicales por parte del demandado cumpla los requisitos de intensidad, gravedad y habitualidad para poder ser constitutivos de intromisión en derecho fundamental alguno. El recurso de casación también ha de ser objeto de inadmisión por las siguientes razones: a) Por plantear cuestiones procesales que exceden del ámbito del recurso de casación. Dejando al margen que la parte recurrente, teniendo el presente recurso por objeto la tutela de derechos fundamentales, ni siquiera cita como precepto legal infringido un precepto de naturaleza constitucional relacionado con el derecho a la intimidad personal y familiar; lo cierto es que alegados como infringidos los artículos 120.3 CE, 11 y 248.1 de la LOPJ y 218 LEC, tales preceptos tienen una naturaleza claramente procesal que excede del ámbito del recurso de casación el cual está limitado al examen de cuestiones sustantivas (Autos de esta Sala, entre otros, de fechas 16 de mayo de 2012, recursos núm. 2343/2011 y 162/2012, y 5 de junio de 2012, recurso núm. 59/2012); b) Por no ser la ponderación realizada por la sentencia recurrida contraria a la doctrina de esta Sala. Sobre la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad como consecuencia del ruido, la sentencia de esta Sala núm. 80/2012, de 5 de marzo, recurso núm. 2196/2008, Ponente Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN recopila la doctrina en esta materia señalando lo siguiente: «[...] *QUINTO.*—Para decidir si los hechos probados constituyen o no la intromisión ilegítima de que se trata debe seguirse la jurisprudencia de

esta Sala que, con base principalmente en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encuadra la protección frente al ruido en el ámbito de la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, sin perjuicio de que también quepa dicha protección al amparo de la legislación civil ordinaria. Así la sentencia de Pleno de 12 de enero de 2011 (rec. 1580/07), pese a estimar el recurso de la parte demandada y en consecuencia desestimar la demanda, constató que a partir de la sentencia de esta misma Sala de 24 de abril de 2003 (rec. 2527/97) la jurisprudencia había incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la cual «*determinadas inmisiones pueden llegar incluso a vulnerar derechos fundamentales como el derecho a la intimidad*» y, por tanto, «*para reaccionar frente a las mismas una de las vías posibles es la de la tutela de los derechos fundamentales*». Más extensamente, la sentencia de 31 de mayo de 2007 (rec. 2300/00), que desestimó el recurso de la empresa condenada en la instancia por los ruidos de la circulación de sus trenes transmitía al interior de las viviendas de los demandantes, recopiló la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos representada por sus sentencias de 9 de diciembre de 1994 (LÓPEZ OSTRÁ contra España), 14 de febrero de 1998 (Guerra contra Italia), 2 de octubre de 2001 (Varios ciudadanos contra el Reino Unido) y 16 de noviembre de 2004 (MORENO GÓMEZ contra España) para admitir la vía de la tutela de los derechos fundamentales como una de las posibles en materia de protección civil frente al ruido. Y anteriormente, la sentencia de 29 de abril de 2003 (rec. 2527/97), fundándose también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, había mantenido la condena de la empresa titular de una fábrica que transmitía ruidos al interior de la vivienda familiar de la demandante, fundándose entonces esta Sala en la combinación del derecho fundamental a la intimidad, como «*derecho a ser dejado en paz*», con los artículos 590, 1902 y 1908 del Código civil y en la posibilidad de ejercitar conjuntamente la acción fundada en la Ley Orgánica 1/1982 y las fundadas en el Código civil. SEXTO.—Admitiendo por tanto la jurisprudencia de esta Sala que el ruido puede vulnerar el derecho a la intimidad personal y familiar, debe recordarse, como más especialmente representativa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos para el presente caso, su ya citada sentencia de 16 de noviembre de 2004 (MORENO GÓMEZ contra España) en cuanto declaró que, conforme al artículo 8 del Convenio de Roma, «*[e]l individuo tiene derecho al respeto de su domicilio, concebido no solo como el derecho a un simple espacio físico sino también a disfrutar, con toda tranquilidad, de dicho espacio*» (apdo. 53); que «*[e]l atentar contra el derecho del respeto del domicilio no supone solo una vulneración material y corporal, como la entrada en el domicilio de una persona autorizada, sino también una vulneración inmaterial o incorpóral, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias*» (apdo. 53); que «*[s]i la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo*» (apdo. 53); que «*[a]unque el artículo 8 tiene fundamentalmente por objeto prevenir al individuo contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede igualmente implicar la adopción por estos de medidas que traten de respetar los derechos garantizados por este artículo hasta en las relaciones entre los propios individuos*» (apdo. 55); y en fin, que soportar durante años una intensa contaminación acústica, fuera de los niveles autorizados y durante la noche, constituía una vulneración de los derechos de la demandante protegidos por el artículo 8 (apdo. 60). SÉPTIMO.—También nuestro Tribunal Constitucional, especialmente en sus sentencias 119/2001, 16/2004 y 150/2011, ha incorporado la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta

materia, declarando que *«una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que pueden objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad»*; si bien añade *«siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida»* y resultando indispensable que el demandante acredite bien que padece un nivel de ruido que le produce insomnio y por tanto ponga en peligro grave e inmediato su salud, bien que el nivel de ruidos en el interior de su vivienda es tan molesto que impida o dificulte gravemente el libre desarrollo de su personalidad (STC 150/2011, FFJJ 6.º y 7.º). [...].

A la vista de lo expuesto, el recurso de casación, tal y como ha sido planteado, debe ser inadmitido por incurrir en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.4.º LEC de carencia manifiesta de fundamento pues, en definitiva, la recurrente pretende convertir el recurso de casación en una tercera instancia, combatiendo, desde su particular óptica y soslayando el juicio de ponderación realizado en la instancia, cuando resulta que este se ajusta a la doctrina de esta Sala.

La sentencia recurrida, aplicando expresamente la doctrina de esta Sala en la materia, tras la valoración de la prueba y confirmando lo dispuesto por la sentencia de primera instancia, concluye que los ruidos realizados por el demandado, mediante la utilización de instrumentos musicales, en concreto el saxofón y la guitarra eléctrica, cumplen los requisitos de intensidad, gravedad y habitualidad para poder ser constitutivos de intromisión en el derecho a la intimidad de la demandante.

Si bien es cierto que esta Sala ha sostenido que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales se debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, tal y como señala la sentencia 524/2014, de 30 de octubre, no lo es menos que en resoluciones posteriores —sentencia 581/2016, de 30 de septiembre— ha matizado entendiendo que ello no autoriza que el recurrente, para justificar la existencia de la vulneración, se aparte inmotivadamente de las conclusiones probatorias alcanzadas en la instancia sobre hechos concretos, y que han sido argumentadas en la sentencia recurrida, o lo haga con alegaciones inconsistentes.

En este caso la parte recurrente se limita a negar la existencia de prueba alguna que justifique la existencia de ruido con un grado de habitualidad, intensidad y gravedad como para vulnerar derecho fundamental alguno, obviando todos los medios probatorios obrantes en autos al respecto (fundamentalmente documental, consistente en facturas que acreditan la insonorización de la vivienda de la demandante, las actas de la Junta de Propietarios, el expediente sancionador tramitado en el Ayuntamiento y la actas levantadas por la Policía Municipal, así como las testificales de los vecinos) y que son escrupulosamente detallados por la sentencia recurrida para explicar las circunstancias concurrentes en el presente caso sobre las que aplica la doctrina de esta Sala, poniendo en evidencia que el recurso de casación no puede ser admitido al pretender el recurrente una nueva revisión por el Tribunal Supremo que no está justificada pues son las circunstancias concurrentes en el presente caso, resultado de la valoración de la prueba, y que han sido debidamente valoradas por la sentencia recurrida las que ponen en evidencia que el juicio de ponderación de los derechos en conflicto que realiza la sentencia recurrida se ajusta perfectamente a la doctrina de esta Sala.

Las razones expuestas justifican la inadmisión de los recursos interpuestos sin que las alegaciones realizadas tras la puesta de manifiesto de las posibles causas de inadmisión supongan una alteración de dichos razonamientos habida cuenta que la parte recurrente se limita a reiterar los argumentos expuestos en los recursos ahora examinados.

III. DE LO ANTERIOR RETOMEMOS: LA VIVIENDA FAMILIAR Y SU ESPECIAL TUTELA EN EL ÁMBITO CIVIL

La vivienda familiar, dada su trascendencia como espacio donde se ejercita la intimidad personal y del grupo familiar, se hace acreedora de la protección más amplia en la totalidad de sus manifestaciones sean estas jurídicas, económicas o sociales. Esta magnitud de la vivienda familiar afecta a una pluralidad de aspectos necesitados todos ellos de especial tutela legal, como la adquisición financiada mediante políticas tributarias que, de forma indirecta, garantizan el acceso a la titularidad del domicilio, la articulación de sistemas de alquiler que cohonesten los intereses de quienes obtienen beneficios mediante su arrendamiento con los de los arrendatarios que destinen dicho espacio a la residencia habitual o políticas urbanísticas de fomento de zonas residenciales y construcciones que atiendan la calidad técnica debida, con singular protección a todo el proceso de edificación² y el contrato de obra y responsabilidad de la construcción³, etc.

De este modo las vías posibles son, entre otras, las que suministra la *Protección constitucional*. Con todo, la protección conferida por este principio rector no resulta suficiente a los efectos pretendidos por quienes se sientan afectados por inmisiones que impidan la convivencia íntima en el núcleo familiar⁴. Por ello hemos de apelar a otros fundamentos constitucionales más eficaces para la protección, no tanto de la titularidad y el acceso a la vivienda, como al amparo de otros derechos legítimos de sus moradores ostentados por la mera tenencia del domicilio y al margen del régimen jurídico que la familia mantenga con él. En síntesis, es el caso de la intimidad familiar y personal del artículo 18 de nuestra Carta Magna⁵ cuya alegación ha resultado fructífera para amparar, hacer cesar y, en su caso, indemnizar los daños resultantes de la contaminación acústica cuando estos hagan imposible la normal convivencia en el domicilio.

Al tiempo, la defensa de los derechos de la personalidad puede verse reforzada por otros preceptos que coadyuven a su respeto. Es el caso del derecho a la protección de la salud, por ejemplo. Y habrá de tenerse en cuenta que en el objeto específico que nos ocupa, es decir, las inmisiones procedentes del ruido y vibraciones, los recursos técnicos que asisten a sus víctimas pueden proceder tanto de la vía administrativa —y de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por no impedir la persistencia de ruidos y vibraciones no tolerables— como de la vía contenciosa administrativa y de la constitucional por violación de derechos fundamentales⁶, siempre y cuando se encuentre involucrada una Administración⁷.

En cuanto a las acciones ejercitadas en vía administrativa, si la parte perjudicada por los daños acredita la realidad efectiva de los daños sufridos por la contaminación acústica y la existencia de un nexo causal entre el funcionamiento anormal de un servicio público, será más que posible que prospere la petición de responsabilidad patrimonial contra las Administraciones Públicas⁸.

Por otra parte, conviene también tener en cuenta el entramado jurídico procedente de las relaciones de vecindad e inmisiones ya que las anteriores

afirmaciones han sido contrastadas por la jurisprudencia menor civil donde se consolida la línea que impone el resarcimiento de los daños causados, incluso cuando el agente emisor se ajuste a la normativa administrativa en materia de licencias de actividad. En definitiva, si se provocan daños acreditables deberá ser indemnizado el perjudicado por dichas perturbaciones ya que, a mayor abundamiento, suelen ser inmisiones que exceden de los límites tolerables de las relaciones de vecindad.

Por su parte, también podrá ser aplicado el régimen ordinario de responsabilidad del padre de familia por los perjuicios que se provoquen a terceros por las inmisiones que procedan de la vivienda causante del daño⁹, siempre y cuando aquellos produzcan un daño evaluable¹⁰. En fin y entre otras posibilidades generales, también cabe alegar el fundamento de los artículos 590 del Código civil¹¹ para la acción negatoria correspondiente para la retirada de los aparatos causantes de ruidos y vibraciones como suelen ser los de aire acondicionado toda vez que, en definitiva las molestias que producen desequilibran la convivencia familiar.

En todo caso y en este ámbito civil ha de tenerse presente que frente a estas inmisiones acústicas los perjudicados tienen a su disposición diversas posibilidades contra el agente causante. De modo que si este es un sujeto de derecho privado, podrán ejercer las acciones correspondientes por responsabilidad civil extracontractual, fundándose en la mencionada conculcación de su intimidad personal y familiar y la inviolabilidad del domicilio¹². Además de la reclamación por responsabilidad extracontractual y ya como procedimientos singulares se añaden, en el orden civil y en los casos en que las inmisiones se produzcan en el ámbito de un contrato de arrendamiento urbano, ciertas medidas especiales. En estos supuestos podrá recurrirse a la apelación de las normas que regulen el especial régimen jurídico de su morador; por lo que si el agente causante es un arrendatario, en virtud y por aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley de Arrendamientos Urbanos, podrá el arrendador proceder a la resolución del contrato que les vinculaba¹³.

En su caso, a la comunidad de propietarios también le cabe instar la privación del uso de la vivienda de quien desarrolle actividades molestas recurriendo al procedimiento previsto en el artículo 7 de la Ley de Propiedad Horizontal¹⁴. El precepto en cuestión recoge un procedimiento específico donde tras el requerimiento del presidente de la Comunidad al propietario o, en términos generales, al ocupante del piso o local que desarrolle en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

En este punto, no cabe duda, que son múltiples las actividades legalizadas o no, como es en la actualidad el controvertido supuesto de las viviendas vacacionales¹⁵ cuando se instala una vivienda turística en un edificio en propiedad horizontal, porque no existía prohibición expresa para ello en los estatutos, la nueva actividad, alquiler vacacional o destino turístico puede generar nuevos problemas en el edificio que sean catalogados de actividad molesta: los derivados de las complicadas relaciones con los vecinos, copropietarios del resto de pisos o elementos privativos del mismo edificio donde se inserta la vivienda turística, o alojamiento colaborativo. El incesante cambio de residentes, el uso, abuso y mal uso que puedan hacer de los elementos comunes, las molestias que en su convivencia puedan causar a los vecinos, son frecuentes causas de quejas, protestas, y creciente rechazo a que estas viviendas se instalen en las comunidades de propietarios. Habría que delimitar si esas incomodidades derivadas

de la instalación de una vivienda turística en un edificio en PH, son realmente actividades molestas —y en su caso de qué tipo—; si son diferentes a las de un arrendamiento normal, y si deben considerarse excesivas, porque superen la normal tolerancia, y sean una manifestación de un ejercicio abusivo del derecho por el propietario¹⁶.

De modo que la protagonista de las relaciones de vecindad, no es sino la pacífica convivencia. De modo que si se viere quebrada, las anteriores observaciones hechas tienen por objeto su reposición¹⁷.

IV. EL PANORAMA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL DE DERECHOS HUMANOS

Este derecho al silencio afecta a otros principios rectores relativos a la salud y al medio ambiente y, por supuesto, a la protección, entre otros, del libre desarrollo de la personalidad. Con todo, y a los efectos que se quiere destacar, las molestias sonoras inciden directamente sobre el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar. De ahí, su dimensión acústica proporcionada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁸.

A esta intimidad personal se suma también el derecho a la vida y a la integridad física y moral consagrada en el artículo 15 de la Constitución española así como el punto segundo del artículo 18 por cuanto declara que «el domicilio es inviolable». En definitiva aun cuando en ciertos casos no se ponga en peligro directo la salud de las personas, no cabe duda de que la contaminación acústica afecta a su derecho al respeto de la vida privada y familiar y, en suma, atenta al derecho a disfrutar de su propio domicilio¹⁹. Y que tal y como se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos la vulneración puede ser no solo material sino también inmaterial²⁰. Por tanto, el ruido lesiona la esfera reservada de la persona y atenta contra el derecho constitucional a la intimidad considerado este como derecho de la personalidad²¹. En buena lógica, existiendo un daño de carácter moral y siendo este acreditable por alguna de las vías probatorias existentes en Derecho, habrá de ser resarcido, rectificado y compensado por el agente causante²².

De modo que por lo que a estas líneas interesa, en especial, el Convenio Europeo de 1950 recoge en su artículo octavo la protección de la intimidad personal y familiar²³, en los siguientes términos: «8.1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

A la vista de este precepto, los Estados firmantes deben respetar el ámbito privado autorizándose su injerencia activa para hacer cesar cualquier violación causada por terceras personas²⁴. Precisamente esta obligación asumida por el Estado español al ratificar el Convenio²⁵, añadida a la presencia constitucional del artículo décimo que en su párrafo segundo determina que «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias

ratificados por España», exige tener en cuenta el sistema de garantías y control de la aplicación del contenido del Convenio por parte de los Estados firmantes.

Si las principales sentencias en la materia se remontan a 21 de febrero de 1990 (caso Powell y Rayner contra el Reino Unido), seguida por la que condena al Estado español, dictada el 9 de diciembre de 1994 (caso LÓPEZ OSTRA contra España); 19 de febrero de 1998 (caso Guerra contra Italia); 8 de julio de 2003 (caso Hutton contra el Reino Unido); y entre otras siguientes, la de 16 de noviembre de 2004 (caso MORENO GÓMEZ contra España), en estas líneas serán destacadas las dos en las que se presenta como demandado el Estado español. Ambas tienen como fundamento la conculcación —entre otros— del derecho a la intimidad familiar y personal y, en sendas resoluciones las alegaciones prosperan, condenando al Estado demandado por su inactividad.

En el caso de la sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el asunto LÓPEZ OSTRA contra España, los hechos denunciados tienen lugar en una localidad de (Murcia) cuyo Ayuntamiento consiente, a partir de julio de 1988, el funcionamiento sin licencia de una planta de residuos que provocó gases, humos y malos olores, ocasionando problemas de salud a muchas personas. Pues bien, al mes, el Ayuntamiento ordena el cese de una de las actividades de la planta pero consiente que continúe el tratamiento de aguas residuales, cuyas emanaciones impedían la convivencia familiar normal de la que después fue demandante. Tanto la vía de protección de derechos fundamentales, como el recurso de apelación, resultan desestimados, pese al informe favorable del Ministerio Fiscal. Por su parte, el Tribunal Constitucional declara inadmisibile el recurso de amparo que interpone, por ser, a su juicio, manifiestamente infundado. Finalmente, en octubre de 1993, cinco años después de su instalación, la planta es clausurada en virtud de una denuncia por delito ecológico. En cuanto a la resolución del Tribunal, se estiman las alegaciones de la demandante quien «sostuvo que, a pesar del cierre parcial de 9 de septiembre de 1988, la planta continuó despidiendo humos, ruido persistente y fuertes olores, que hizo insufribles las condiciones de vida de su familia y causó serios problemas de salud tanto a ella como a su familia. En relación a esto alegó que su derecho al respeto a su domicilio había sido conculcado».

Por su parte, y en cuanto a la de 16 de noviembre de 2004 (caso MORENO GÓMEZ contra España), cabe destacar que la demandante vivía en una zona residencial de Valencia en la que, a partir de 1974 se comenzaron a instalar salas de fiestas, bares, pub y discotecas que hacían imposible el descanso de los vecinos. Vistas sus reclamaciones, el Ayuntamiento resolvió que, a partir de 1983 no se autorizarían más licencias de este tipo. Con todo se concedieron nuevas licencias; en 1993, más de diez años después de las primeras quejas, el Ayuntamiento en el informe pericial encargado constató que, en particular, los fines de semana de madrugada el nivel de ruido superaba los 100 decibelios. Por fin, en 1996 aprobó una nueva ordenanza que limitaba a 45 los decibelios y declaraba acústicamente saturada la zona en cuestión. Pese a todo el Ayuntamiento concedió una nueva licencia que posteriormente anuló.

Nuevamente el Tribunal condena al Estado español al ignorar su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada y efectivamente en «el presente asunto no trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto al domicilio, sino sobre la inactividad de estas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante».

Especialmente, el caso ventilado en la sentencia dictada el 16 de noviembre de 2004, en el asunto MORENO GÓMEZ contra España, ha forzado a cierta

rectificación de la línea jurisprudencial sostenida por el Tribunal Constitucional español. Así y a la vista del artículo 10.2 de la Constitución española y la interpretación de los derechos fundamentales y libertades hechas de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, nuestro Tribunal Constitucional ha estimado el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Providencia de inadmisión de amparo de MIGUEL CUENCA por infracción del derecho a su vida privada y familiar, en un asunto sobre contaminación en una zona acústicamente saturada.

Téngase en cuenta que, previas al asunto MORENO GÓMEZ, el Tribunal Constitucional español había tenido ocasión de pronunciarse en doctrina claramente contradictoria entre sí. Los dos supuestos más llamativos tenían en común que habían sido dictados en recursos de amparo, fundándose en la ausencia o concurrencia del principio de legalidad que justificase la sanción administrativa por conculcación a las Ordenanzas municipales²⁶. Pues bien, en una de ellas²⁷ el Alto Tribunal desestimaba el recurso al entender que la sanción impuesta por el Ayuntamiento al recurrente no violaba el principio de legalidad, toda vez que la potestad sancionadora en materia de ruidos y vibraciones estaba atribuida a los Municipios por la Ley de Protección del Ambiente Atmosférico de 1972.

En la sentencia dictada unos días después²⁸, esta vez en la Sala Segunda, se estimaba el recurso interpuesto por el titular de un establecimiento sancionado por el Ayuntamiento de Santander y al que se le había impuesto el cierre, por un mes, del local por los ruidos y molestias generados. En esta ocasión el Alto Tribunal apreciaba que el fundamento de la Ordenanza sustentado en la Ley Orgánica 1/1992 de Seguridad Ciudadana, resultaba insuficiente para dar cobertura legal a dicha sanción.

V. EL CARÁCTER OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 1908 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL DERECHO A INDEMNIZACIÓN

1. STS DE 31 DE MAYO DE 2007. DEPRECIACIÓN DE LA VIVIENDA Y DAÑOS AL PAISAJE. PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD POR CONTAMINACIÓN ACÚSTICA E IMPROCEDENCIA POR LA CONTAMINACIÓN ESTÉTICA O VISUAL POR SER EL PAISAJE UN BIEN COLECTIVO NO SUSCEPTIBLE DE CONSTITUIR EL OBJETO DE UN DERECHO SUBJETIVO

El supuesto fáctico expuesto con la maestría de la sentencia dictada siendo ponente MARÍN CASTÁN, se remonta al litigio promovido por dos hermanos, titulares dominicales de sendas viviendas y copropietarios de un terreno en las proximidades de un viaducto, contra la empresa siderúrgica a la que tal viaducto servía para el transporte de materiales por ferrocarril entre dos de sus factorías de Asturias. Básico para estas líneas es el fundamento jurídico de la demanda, sustentada en los artículos 1902 y 1908 del Código civil, era la declaración de su derecho a ser indemnizados «por la depreciación de sus propiedades, debida tanto a la ejecución como al resultado y destino de las obras del viaducto ejecutadas por cuenta de la demandada, en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por el daño moral ocasionado por las mismas obras y por su explotación después de concluidas, igualmente en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; y la condena de la demandada a adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del daño, eliminando o reduciendo en lo posible los ruidos y vibraciones derivados del paso de los trenes por la vía construida».

2. LOS ASPECTOS JURISPRUDENCIALES EXPUESTOS POR LA SENTENCIA DE 31 DE MAYO DE 2007: LA EXCELENTE Y DIDÁCTICA SISTEMÁTICA DEL PONENTE MARÍN CASTÁN

Otro de los aspectos más destacables de la sentencia es precisamente el rigor y sistemática con que aborda el tratamiento del fenómeno de las inmisiones. En su virtud corresponde ahora transcribir su contenido ya que incluye el mejor repertorio jurisprudencial nacional e internacional en la materia.

Dice así: «La respuesta del ordenamiento jurídico español y su complemento jurisprudencial al problema de los daños causados a particulares por inmisiones que hoy podríamos calificar de “medioambientales” no ha sido siempre homogénea. Es más, hasta cierto punto podría sostenerse que el muy notable y progresivo crecimiento de la normativa sobre esta materia, de ámbito tanto estatal como autonómico e incluso local, no necesariamente se traduce en una mayor protección efectiva del particular frente al daño medioambiental que le afecta directamente, pues no pocas veces es la propia sobreabundancia de normas lo que dificulta la protección de sus derechos subjetivos. Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994 (núm. 1994/496, caso LÓPEZ OSTRA contra el reino de España) acordó una indemnización de 4.000.000 de ptas. A favor de la demandante por el daño moral “innegable” que había sufrido al soportar tanto “las molestias provocadas por las emanaciones de gas, los ruidos y los olores procedente de la depuradora” como “la angustia y la ansiedad propias de ver cómo la situación se prolongaba en el tiempo y la salud de su hija se resentía” (parágrafo 65). Centrada esta resolución en si se había producido o no una infracción del artículo 8 del Convenio de Roma, relativo al derecho de toda persona a que se respete su vida privada y familiar, el Tribunal responde afirmativamente valorando, de un lado, que “la interesada y su familia vivieron durante años a doce metros de un foco de olores, ruidos y humos” (parágrafo 42) y, de otro, la inactividad del Ayuntamiento u otras autoridades españolas a la hora de remediar la situación, inactividad no excusable por la pendencia de un proceso contencioso-administrativo fundado en la falta de licencia para la instalación y de un proceso penal por delito ecológico²⁹, ambos promovidos por las cuñadas de la recurrente, porque los dos procesos tenían objetos diferentes de aquella reprochable inactividad (parágrafos 37 y 38). Particular interés tiene la declaración del Tribunal de que “los atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio de un modo que llegue a perjudicar su vida privada y familiar, sin necesidad de que también haya de poner en grave peligro la salud de la interesada”; la que considera preciso “atender al justo equilibrio entre los intereses concurrentes del individuo y de la sociedad en su conjunto”; la que pese a reconocer que el Ayuntamiento había reaccionado con prontitud realojando a la familia de la recurrente y clausurando parcialmente la planta depuradora, advertía sin embargo que no era posible ignorar la persistencia de los problemas medioambientales tras ese cierre parcial ni que los poderes generales de policía conferidos por el *Reglamento de 1961* [Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, aprobado por *Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre*] obligaban al Ayuntamiento a reaccionar, esto es, a poner en práctica una medida positiva (parágrafos 52 a 54); y en fin, la que para dar una satisfacción equitativa al perjudicado, conforme al artículo 50 del Convenio, tenía en consideración la depreciación de la casa de la recurrente y los gastos y molestias derivadas del cambio de domicilio (parágrafo 65). En definitiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indemnizaba a la recurrente después de que sus

pretensiones, fundadas en la vulneración de derechos fundamentales, hubieran sido desestimadas en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el Tribunal Constitucional hubiera inadmitido su recurso de amparo. Sobre casos que no afectaban al reino de España, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó otras sentencias de interés para la materia del litigio causante de este recurso de casación. La sentencia de 19 de febrero de 1998 (caso GUERRA contra Italia, núm. 1998/875) dio un paso más en la relación de los daños y peligros medioambientales con la vulneración de los derechos fundamentales, pues al examinar los perjuicios causados a cuarenta personas que residían a un kilómetro de una industria química de alto riesgo, apreciaba también una reprochable inactividad de las autoridades del estado demandado reproduciendo la doctrina del caso LÓPEZ OSTRA. Y la sentencia de 2 de octubre de 2001 (varios ciudadanos contra el Reino Unido, caso del aeropuerto de Heathrow, núm. 2001/567) centrada en el ruido causado por los aviones en el aeropuerto de mayor tráfico de Europa, insistió en la necesidad de hallar un justo equilibrio entre los intereses de las personas y los de la comunidad pero añadiendo dos consideraciones de importancia capital: primera, que “en un campo tan sensible como el de la protección medioambiental, la mera referencia al bienestar económico del país no es suficiente para imponerse sobre los derechos de los demás”; y segunda, que “debe exigirse a los Estados que minimicen, hasta donde sea posible, la injerencia en estos derechos, intentando encontrar soluciones alternativas y buscando, en general, alcanzar los fines de la forma menos gravosa para los derechos humanos”. Ya en un asunto que sí afectaba a España, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de noviembre de 2004 (caso MORENO GÓMEZ contra el reino de España) abordó el caso de una ciudadana de Valencia que se decía asediada por el ruido de los locales de diversión nocturna de la zona en que vivía. Su pretensión indemnizatoria frente al Ayuntamiento había sido rechazada por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, e impetrado amparo ante el Tribunal Constitucional este se lo había denegado en su sentencia 119/2001, de 24 de mayo, que si ciertamente procedía a una expresa recepción de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo en esta materia, consideraba sin embargo que la demandante de amparo no había conseguido probar debidamente los daños y perjuicios justificativos de aquella pretensión indemnizatoria. Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia, además de insistir en su línea interpretativa del artículo 8.1 del *Convenio* sobre la posible vulneración del derecho al respeto al domicilio por ruidos, emisiones, olores y otras injerencias, estima el recurso por considerar “innegable” el ruido nocturno que venía soportando la demandante durante varios años, sobre todo durante el fin de semana, y razona que “exigir a alguien que habita en una zona acústicamente saturada, como en la que habita la demandante, la prueba de algo que ya es conocido y oficial para la autoridad municipal no parece necesario” (parágrafo 59). Por lo que se refiere a las medidas administrativas adoptadas al respecto, que en el caso había sido una ordenanza municipal sobre ruidos y vibraciones, el Tribunal declara que “una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante, y el Tribunal debe recordar que el *Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos*” (parágrafo 61). La repercusión práctica de esta última sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional fue inmediata, pues este último, tras haber inadmitido por providencia un recurso de amparo muy similar al de la Sra. MORENO GÓMEZ, dictó el auto 37/2005, de 31 de enero, estimatorio de

recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal. Pero ya antes el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 16/2004, de 23 de febrero, había desestimado el recurso de amparo del titular de un local tipo *pub* contra la sanción impuesta por el Ayuntamiento con base en una Ordenanza sobre protección contra la contaminación acústica, sanción confirmada en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo al apreciarse que dicha Ordenanza tenía cobertura tanto en el *Reglamento de 1961* sobre actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas como en la *Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico*. Se razona en esta sentencia sobre la “nueva realidad” de “los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”; se constata que a esa nueva realidad ha sido sensible la *Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido*; se destaca la doctrina al respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; se declara que “el ruido, en la sociedad de nuestros días, puede llegar a representar un factor psicopatógeno y una fuente permanente de perturbación de la calidad de vida de los ciudadanos”; y en fin, se concluye que aunque la Ordenanza municipal no podía tener cobertura legal en el *Reglamento de 1961*, sí la tenía, en cambio, en la *Ley de 1972 de Protección del Ambiente Atmosférico*»³⁰.

3. LA VÍA CIVIL COMO LA VÍA MÁS IDÓNEA PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES MEDIOAMBIENTALES: ARGUMENTOS Y FUNDAMENTACIÓN

Tal y como se ha dicho, la plasticidad de ciertos preceptos del Código civil así como la evidenciada por la vía civil que ampara las pretensiones objetivables, se ratifican en esta resolución. Así declara: «Sin embargo fue siempre ante el orden jurisdiccional civil, pese a la aparente escasez de normativa protectora frente a ruidos y otras inmisiones, donde los particulares obtuvieron más frecuentemente una satisfacción de sus pretensiones indemnizatorias o de cese de la actividad perjudicial. Ya fuera con base en los *artículos 1902, 1903 y 1908 del Código civil*, ya con fundamento en su *artículo 590*, ya aplicando los principios de prohibición del abuso de derecho y de los actos de emulación, ya los preceptos específicos de las leyes reguladoras de los arrendamientos urbanos y de la propiedad horizontal, ya incluso mediante la estimación de interdictos como el de obra nueva y, más recientemente, mediante la tutela de los derechos fundamentales, ya apoyándose en las normas que en su caso se contuvieran en el Derecho civil foral o especial aplicable, son muchas las sentencias civiles estimatorias de demandas contra los daños y perjuicios causados por el ruido y otras inmisiones. Especialistas de la doctrina científica han destacado cómo ya las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 1866 y 12 de mayo de 1891 rechazaron, en el ámbito del Derecho civil, el principio o teoría de la denominada “pre-ocupación”, en virtud de la cual se negaba la indemnización por actividad contaminante a quien se estableciera en el lugar después de haberse iniciado tal actividad. Aunque en el siglo XIX no se hubiera acuñado todavía ese término, lo cierto es que la sentencia de 1866 rechazó la aplicabilidad al caso de la *Ley 22, título 8, partida 5*, a favor de una compañía minera demandada por humos y vertidos perjudiciales para la finca y ganado del vecino, razonando que la adquisición de la dehesa por el perjudicado después de haberse iniciado parte de la actividad minera no suponía consentimiento de los perjuicios ni renuncia a reclamar por ellos; y la sentencia de 1891 negó que constituyera enriquecimiento injusto la pretensión indemnizatoria de quien había construido cerca de una escombrera perteneciente a una compañía de ferrocarriles, la cual acabó derrum-

bándose y causando daños a la construcción del demandante. Y como quiera que en el siglo XX fueron frecuentes los pronunciamientos del orden jurisdiccional civil que satisfacían las pretensiones de quienes se consideraban perjudicados por actividades contaminantes, existe hoy una importante corriente en la doctrina científica que propugna una potenciación de la vía civil como especialmente idónea para la tutela de los intereses medioambientales, a partir de la idea de que hasta ahora está infrautilizada sobre todo en la vertiente preventiva. En la jurisprudencia de esta Sala es de cita obligada la sentencia de 12 de diciembre de 1980, sobre contaminación producida por las emanaciones de una central termoelectrica que dañaban la vegetación de la zona. Tras examinar el Derecho comparado de la época y citar también la *Ley 367 de la Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra*, esta sentencia declara que “si bien el Código civil no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el artículo 1902 de dicho Cuerpo legal y en la exigencia de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los artículos 590 y 1908”, pues regla fundamental es que “la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina”. Más adelante puntualiza que “el ordenamiento jurídico no puede permitir que una forma concreta de actividad económica, por el solo hecho de representar un interés social, disfrute de un régimen tan singular que se le autorice para suprimir o menoscabar, sin el justo contravalor, los derechos de los particulares, antes por el contrario el interés público de una industria no contradice la obligación de proceder a todas las instalaciones precisas para evitar los daños, acudiendo a los medios que la técnica imponga para eliminar las inmisiones, como tampoco excluye la justa exigencia de resarcir el quebrantamiento patrimonial ocasionado a los propietarios de los predios vecinos, indemnización debida prescindiendo de toda idea de culpa por tratarse de responsabilidad con nota objetiva”. Y luego de considerar muy claro que el perjudicado también puede instar la cesación de la actividad lesiva, citándose a tal efecto como precedentes las sentencias de esta Sala de 28 de junio de 1913, 24 de febrero de 1928, 23 de diciembre de 1952, 5 de abril de 1960 y 14 de mayo de 1963, aborda la cuestión nuclear de si la autorización administrativa de la actividad excluiría el conocimiento de la materia por el orden civil, concluyendo al respecto, con cita de la categórica sentencia de 19 de febrero de 1971, que “una cosa es el permiso de instalación de una industria con la indicación de los elementos que deben ser para evitar daños y peligros, cometido propio de la administración, y otra bien distinta que cuando por no cumplir los requisitos ordenados o porque los elementos empleados sean deficientes o adolezcan de insuficiencia, se produce un daño en la propiedad de tercero y se sigue un conflicto, su conocimiento compete a los órganos de la jurisdicción civil”. Avanzando en la misma línea, la sentencia de 16 de enero de 1989, sobre un caso de contaminación de una industria siderúrgica que afectaba a las fincas y viviendas de los demandantes, así como al ganado vacuno de la zona, declaró rotundamente que “el acatamiento y observancia de las normas administrativas no colocan al obligado al abrigo de la correspondiente acción civil de los perjudicados o interesados en orden a sus derechos subjetivos lesionados, puesto que si aquellos contemplan intereses públicos sociales, esta resguarda el interés privado exigiendo, en todo caso, el resarcimiento del daño y en su caso la adopción de medidas para evitarlo o ponerle fin”. En idéntico sentido se pronunciaron las sentencias de 24 de mayo de

1993 (recurso núm. 3096/90), 7 de abril de 1997 (recurso núm. 1184/93) y 16 de enero de 2002 (recurso núm. 2355/97): la primera de ellas, sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de aluminio, declaró que no bastaba haber cumplido los reglamentos para exonerarse de responsabilidad civil, añadiéndose a este argumento que el *artículo 1908 del Código civil* configura una responsabilidad de claro matiz objetivo; la segunda, sobre un caso de emanaciones tóxicas de una fábrica de productos químicos, reiteró los dos argumentos de la anterior; y la tercera, en fin, sobre un caso de mortandad de truchas en una piscifactoría por elevación de la temperatura del agua a causa de la utilización del caudal del río para la refrigeración de una central nuclear, examinándose al respecto el conflicto entre las concesiones administrativas de las dos empresas litigantes, resolvió que “por el solo hecho de resultar concesionaria preexistente” nada autorizaba a la titular de la central nuclear “a hacer un uso dañoso de la concesión”. Ya específicamente sobre contaminación acústica o por ruidos, la sentencia de 29 de abril de 2003 (recurso núm. 2527/97) hace una recepción expresa de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considera luego que la referencia a los “humos excesivos” en el *ordinal 2.º del artículo 1908 del Código civil* “es fácilmente transmutable, sin forzar las razones de analogía, a los ruidos excesivos, todo ello en el marco de las posibles conexiones con el *artículo 590 del Código civil*” y, finalmente, reitera una vez más la doctrina de la Sala al afirmar que “los ruidos desahorados y persistentes, aunque estos procedan en principio del desarrollo de actividades lícitas”, dejan de ser admisibles “cuando se traspasan determinados límites”; que “la autorización administrativa de una industria no es de suyo bastante para entender que fue otorgada ponderando un justo y equitativo equilibrio entre el interés general y los derechos de los afectados”; y en fin, que por “la conocida preexistencia de la vivienda” del actor, “incumbía tanto a la corporación como a la propia empresa la obligación de reducir los ruidos a un nivel soportable o tolerable”. Después, la sentencia de 28 de enero de 2004 (recurso núm. 882/98), mediante una interpretación del *artículo 1908 del Código civil* de acuerdo con el *artículo 45.1* de la Constitución, extendería la formulación de aquel precepto “a las inmisiones intolerables y al medio ambiente”; consideraría que no era misión del Derecho civil la protección del medio ambiente en abstracto pero sí la “protección específica a derechos subjetivos patrimoniales” frente a agresiones de carácter medioambiental; y en fin, reiteraría una vez más tanto la doctrina de que “el cumplimiento de normativa reglamentaria no impide la apreciación de responsabilidad cuando concurre la realidad del daño causado por la persona física o jurídica” como la relativa al carácter objetivo de la responsabilidad contemplada en el *artículo 1908 del Código civil*, todo ello en relación con un caso de daños a los propietarios de fincas y de cabezas de ganado por una intensa contaminación por fluorosis».

VI. CONCLUSIONES

I. La música y su interpretación es, sin duda, una cadencia que tanto a su creador como a quienes ejecutan la pieza o la escuchan produce sensaciones inigualables. Con todo, cuando los decibelios invaden tanto la serenidad del espíritu, la propia salud laboral, o aún más injieren e impiden el ejercicio a los derechos desenvueltos en la vivienda, interviene el Derecho. La contaminación acústica puede convertirse en una vulneración inmaterial que afecte al debido respeto de la vida personal y familiar.

II. Una de las cuestiones básicas sobre dicha invasión inmaterial, ha sido la progresiva adopción de normativa capaz de tutelar el derecho básico a la intimidad personal y familiar dispensado por Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

III. Como cualquier cuestión ventilada jurisdiccionalmente, cualquiera que sea la vía pertinente, la esencia es la acreditación de los hechos dañosos. De ahí que si se trata de un daño moral evaluable habrá de ser resarcido por el agente causante o por quien, debiendo evitarlo, no haya dispuesto los medios para impedir su persistencia.

IV. Ya hemos tenido ocasión de señalar la inestimable labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo. En este punto, cabe subrayar el eco incontestable de tales argumentos estimativos de los daños causados, amparándose las pretensiones resarcitorias siempre que las lesiones sean objetivables y procedan de la actividad dañosa.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY (1966). La responsabilidad por daño moral, *ADC*, 81 y sigs.
- ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ (2001). La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica, *La Ley*, 5437, 11-12.
- ALONSO GARCÍA (1995). *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Madrid.
- ALLI TURRILLAS, J.-C. y LOZANO CUTANDA, B. (2018). *Administración y legislación ambiental*, Dykinson, Madrid, 10.^a ed.
- CASADO ANDRÉS, B. (2015). El concepto del daño moral bajo el prisma de la jurisprudencia. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 9 de abril, 1-23.
- CAVAS MARTÍNEZ (2004). Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador, *AS*, 19.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2009). Comentario al artículo 590 del Código civil, *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil*. Aranzadi, BIB 2009\7652.
- DÍAZ ROMERO, M.^a R. (2007). Inmisiones y relaciones de vecindad, *Revista de Derecho Patrimonial*, 18 (BIB 2007\19).
- EVANGELIO LLORCA (2000). El perjuicio derivado de las inmisiones. Daños a la persona, *RJN*, 57 y sigs.
- ELGORRIAGA DE BONIS (1995). *Régimen jurídico de la vivienda familiar*, Pamplona.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI (2003). *La tutela civil contra el ruido*, Madrid.
- GARCÍA CANTERO (1986). Configuración del concepto de vivienda familiar en el Derecho español, *El hogar y el ajuar de la familia en las crisis matrimoniales. Bases conceptuales y criterios judiciales*, Pamplona.
- GARCÍA LÓPEZ (1990). *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Barcelona.
- GARCÍA SERRANO (1972). El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil, *ACD*, 799 y sigs.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.^a (2018). El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios, *RCDI*, 765, 496-512.
- HERNÁNDEZ GIL (1989). Las relaciones de vecindad en el Código civil. Discurso leído el día 28 de enero de 1985, en la sesión inaugural del curso 1984-1985 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Derechos Reales. Derecho de sucesiones. Obras completas*, 4, Madrid, 91-173.

- LASARTE ÁLVAREZ (2018). *Principios de Derecho civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 24.^a ed.
- MACÍAS (1999). Asimilación por los Tribunales de la Jurisprudencia del TEDH, en materia de inmisiones e inviolabilidad del domicilio, *AC*, 39.
- MACÍAS CASTILLO (2004). *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Madrid, 2004.
- MARCOS AYARZUN (2002). *Reparación integral del daño: el daño moral*, Barcelona.
- MARTÍN-RETORTILLO. (1988). La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional, *RAP*, 115.
- (1991). El ruido en la reciente jurisprudencia, *RAP*, 125, 319 y sigs.
- MORETÓN SANZ (2006). La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales, *RDP*, 97-118.
- (2006). La intimidad personal y familiar a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos: el caso español y la protección contra las inmisiones derivadas de la contaminación acústica, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 41, 1 y 2, 299-314.
- NIETO ALONSO, A. (2017). Derecho de vecindad: la tutela del Derecho civil frente a inmisiones “medioambientales” ilícitas, *ADC*, LXX-III, 959-1071.
- NIETO NÚÑEZ (1995). Actividades clasificadas y medio ambiente, *Protección administrativa del medio ambiente*, Madrid, 267 y sigs.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2009). Comentario al artículo 1908 del Código civil, *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil*. Aranzadi, BIB 2009\1705.
- PULIDO QUECEDO (2005). La lesión por ruido medioambiental de nuevo ante el Tribunal Constitucional, *AJA*, 671, 2005.
- RAMS ALBESA (1987). *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid.
- ROJAS, S. (2004). Los ruidos del sonido, *Revista Musical Chilena*, 58 (201), 7-33. <https://revistamusicalchilena.uchile.cl/index.php/RMCH/article/view/12446/12759>.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a P. (2006). El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica, *RDP*, 7-8, 27-54.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- SSTEDH de 9 de diciembre de 2004
- SSTEDH de 16 de noviembre de 2004
- SSTEDH de 19 de febrero de 1998

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- SSTC n.º 14/2004, de 23 de febrero
- SSTC n.º 25/2004, de 26 de febrero

TRIBUNAL SUPREMO

- Auto de 8 de mayo de 2019 (Sala 1.^a)
- Sentencia de 13 de junio de 2017 (Sala 3.^a)
- Sentencia de 19 de febrero de 2010 (Sala 1.^a)

- Sentencia de 25 de marzo de 2008 (Sala 3.^a)
 - Sentencia de 26 de noviembre de 2007 (Sala 3.^a)
 - Sentencia de 12 de noviembre de 2007 (Sala 3.^a)
 - Sentencia de 31 de mayo de 2007 (Sala 1.^a)
 - Sentencia de 29 de abril de 2003 (Sala 1.^a)
 - Sentencia de 4 de abril de 2003 (Sala 3.^a)
 - Sentencia de 18 de noviembre de 2002 (Sala 3.^a)
 - Sentencia de 7 de febrero de 1997 (Sala 1.^a)
-
- SAP de Cantabria, de 25 de mayo de 2017
 - SAP de Barcelona, (secc. 3.^a), de 20 de marzo de 2006
-
- Sentencia Juzgado de 1.^a Instancia de Bilbao n.º 10, de 15 de enero

NOTAS

Este artículo es uno de los resultados del Proyecto de Excelencia I+D+i titulado «Post-modernidad y proceso europeo: La oportunidad como principio informador del proceso judicial», del Ministerio de Economía y Competitividad, con REF DER 2017-87114-P, desde el 1 de enero de 2018 hasta el 31 de diciembre de 2020.

Grupo de innovación docente en Historia del derecho, Acrónimo: GIDHISDER-UNED: Grupo de Investigación Historia del Pensamiento Jurídico-Político (GIHPJ-P)

¹ Según la cuarta acepción de la RAE, música. (Del lat. *musica*, y este del gr. μουσική). Arte de combinar los sonidos de la voz humana o de los instrumentos, o de unos y otros a la vez, de suerte que produzcan deleite, conmoviendo la sensibilidad, ya sea alegre, ya tristemente. Directamente relacionado con los niveles de ruido en el mundo laboral, cabe reseñar la cancelación, ya en 2008, del estreno de la obra de Dror Feiler's *Halat Hisar (State of Siege)* ante los efectos adversos que causaba a los músicos de la Bavarian Radio Symphony Orchestra. La interpretación de la obra superaba en casi 50 decibelios los límites máximos según los límites fijados en salud laboral <https://mg.co.za/article/2008-04-09-new-work-too-loud-for-orchestra> (visitado el 26 de mayo de 2019). *Vid.*, ROJAS, S. (2004), «Los ruidos del sonido», *Revista Musical Chilena*, 58 (201), 7-33. Consultado de <https://revistamusicalchilena.uchile.cl/index.php/RMCH/article/view/12446/12759> en la misma fecha.

² *Vid.*, el Real Decreto 1371/2007, de 19 de octubre, por el que se aprueba el documento básico «DB-HR Protección frente al ruido» del Código Técnico de la Edificación y se modifica el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación, donde se declara con carácter preliminar que: «La contaminación acústica que soportan los ciudadanos en los edificios que utilizan es uno de los principales obstáculos para poder disfrutar tanto de una vivienda digna y adecuada como del derecho a un ambiente adecuado. El ruido es además fuente de molestias y enfermedades de los ciudadanos, por lo que las Administraciones Públicas deben establecer los mecanismos adecuados para facilitar el uso de los edificios y que este se produzca libre de contaminación acústica».

³ El artículo tercero de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, sobre los *Requisitos básicos de la edificación*, en su primer punto, declara «Con el fin de garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente, se establecen los siguientes requisitos básicos de la edificación, que deberán satisfacerse, de la forma que reglamentariamente se establezca, en el proyecto, la construcción, el mantenimiento, la conservación y el uso de los edificios y sus instalaciones, así como en las intervenciones que se realicen en los edificios existentes (...) c) Relativos a la habitabilidad (...) c.2) Protección contra el ruido, de tal forma que el ruido percibido no ponga en peligro la salud de las personas y les permita realizar satisfactoriamente sus actividades.

⁴ La Constitución española protege la vivienda en su concepto más amplio, de conformidad a las previsiones del artículo 47 que recoge como principio rector de la política social

y económica, el acceso a una vivienda digna: declara «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos».

⁵ Dice en su párrafo primero el artículo 18 que «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» (*vid.*, también la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil al Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen).

⁶ Sobre estos aspectos *vid.*, MORETÓN SANZ (2006), La tutela contra los daños derivados del ruido en los supuestos de inactividad de los entes locales, *RDP*, 97 a 118; Nuevos perfiles de la responsabilidad patrimonial de los entes locales según el Tribunal constitucional: (2012), Prueba individualizada del ruido, adopción de medidas suficientes por el Ayuntamiento y doctrina del TEDH sobre intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, *RCDI*, 88, 729, 483-515.

⁷ Declara la STS (Sala 3.^a), de 10 de abril de 2003, aplicando a su vez la doctrina de la STC 119/2001 que como «domicilio inviolable ha de identificarse el espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y donde ejerce su libertad más íntima, por lo que el objeto específico de protección de este derecho fundamental es tanto el espacio físico en sí mismo como lo que en él hay de emanación de la persona que lo habita. (...) Que ciertos daños ambientales, en determinados casos de especial gravedad, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden atentar contra su derecho al respeto a la vida privada y familiar privándola del disfrute de su domicilio. Y que debe merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la vida personal y familiar, en el ámbito domiciliario, una exposición prologada a determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, en la medida que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de acciones y omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida».

⁸ *Vid.*, Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, Título Preliminar. Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público, Capítulo IV. De la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, Sección 1.^a Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, artículo 32. Principios de la responsabilidad; 33. Responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas; 34. Indemnización; 35. Responsabilidad de Derecho Privado. Las modificaciones no alteran el régimen anterior, excepto lo mencionado por la propia Exposición de Motivos «También se incorporan en este Título los principios relativos al ejercicio de la potestad sancionadora y los que rigen la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Entre las novedades más destacables en este ámbito, merecen especial mención los cambios introducidos en la regulación de la denominada *responsabilidad patrimonial del Estado Legislador* por las lesiones que sufran los particulares en sus bienes y derechos derivadas de leyes declaradas inconstitucionales o contrarias al Derecho de la Unión Europea, concretándose las condiciones que deben darse para que se pueda proceder, en su caso, a la indemnización que corresponda». En cuanto al Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones Públicas, ha de tenerse en cuenta que se trata de una norma derogada, con efectos de 2 de octubre de 2016, por la disposición derogatoria única.2.d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

⁹ El estudio señero sobre la materia, es el de HERNÁNDEZ GIL, Las relaciones de vecindad en el Código civil. Discurso leído el día 28 de enero de 1985, en la sesión inaugural del curso 1984-1985 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, *Derechos Reales. Derecho de sucesiones. Obras completas*, 4, Madrid, 1989, 91 a 173, análisis sagaz donde los haya y precusores de las notas esenciales en la materia; FERNÁNDEZ URZAINQUI, *La tutela civil contra el ruido*, Madrid, 2003, 37 y sigs. y MACÍAS CASTILLO, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, Madrid, 2004, 25 y sigs.

¹⁰ «El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado» (art. 1902 CC). En cuanto al 1908 declara que

«igualmente responderán los propietarios de los daños causados: 2. Por los humos excesivos, que sean nocivos a las personas o a las propiedades y 4. Por las emanaciones de cloacas o depósitos de materias infectantes contruidos sin las precauciones adecuadas al lugar en que estuviesen» [PEÑA LÓPEZ, Fernando (2009), Comentario al artículo 1908 del Código civil, *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil*. Aranzadi, BIB 2009\1705].

¹¹ «5. La verdadera importancia de este artículo 590 radica en que, puesto que la enumeración de instalaciones o construcciones en él descritas es meramente ejemplificativa y no exhaustiva (v. STS de 30 de noviembre de 2006 [RJ 2006, 8153] respecto a un alpendre), cabe incluir en su ámbito a cualquier edificación de la que se derive peligro o nocividad para una finca vecina. Por este motivo, la finalidad real del precepto es prohibir las inmisiones en el fundo vecino, sin que quepa reputar como tales las que provocan la privación de ciertas ventajas de las que gozaba antes una finca —inmisiones negativas— (v.gr. afeamiento del paisaje. V. STS de 31 de mayo de 2007 [RJ 2007, 3431]). De ahí que se le pueda considerar como un precepto fundamental dentro de las relaciones de vecindad. 6. Esta norma guarda una estrecha relación con el artículo 1908 relativo a la responsabilidad civil de los propietarios por los daños causados por humos excesivos que resulten nocivos, por emanaciones, etc. Sin embargo, cada uno de ellos tiene su específico ámbito de actuación, aunque en algunos supuestos, coincidente. El artículo objeto de este comentario impone un límite al propietario: si quiere colocar instalaciones que pueden causar inmisiones sobre fincas vecinas, tiene que respetar las distancias exigidas legalmente y ha de realizar la construcción de forma que no cause perjuicios al vecino». DíEZ GARCÍA, Helena (2009), Comentario al artículo 590 del Código civil, *Grandes Tratados. Comentarios al Código civil*. Aranzadi, BIB 2009\7652.

¹² En este sentido puede verse la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 10 de los de Bilbao que condena pecuniariamente y por los daños morales provocados por la contaminación acústica producida por el piano tocado por el nieto de los vecinos a un importe de 4.500 euros y, alternativamente, a que dejen de tocar el piano o que insonoricen la vivienda.

¹³ De modo que concebido como incumplimiento contractual, el artículo 27 de la Ley 29/1992, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, otorga el derecho al arrendador para instar la resolución de pleno derecho del contrato, entre otras causas, cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.

¹⁴ Después del requerimiento mencionado, la Junta puede autorizar el ejercicio de la acción de cesación que se ventilará en los cauces de un declarativo ordinario y, conseguir, en su caso, la condena de indemnización y de privación del local o vivienda (*vid.*, art. 7.2 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, según la redacción operada por Ley 8/1999, de 6 de abril; y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). En la SAP de Cantabria, de 25 de mayo de 2017, se condena a la privación del uso de su vivienda en tanto siga siendo utilizada como establecimiento hotelero sin autorización y sus inquilinos prosigan causando ruidos excesivos. Procede además la clausura inmediata de la actividad. De modo que estima parcialmente la demanda de la propietaria del inmueble al considerar que los ruidos de los clientes que ocupan el inmueble del demandante «exceden lo tolerable». Esos tres meses son un «tiempo ajustado a la gravedad y persistencia de la actividad intolerable lesiva y perjudicial» para los intereses de la demandante. En una sentencia que ya es firme —el demandado no ha presentado recurso de casación ante el Tribunal Supremo—. Por su parte, el demandado aducía que ambas viviendas —que forman un único edificio— se construyeron conforme a la legalidad vigente sin que tenga obligación de dotar a la suya de un sistema de insonorización especial, al tiempo que argumentaba que la carencia de licencia para uso hotelero no es causa suficiente para privarle de su uso. En primera instancia, las tesis del demandado prosperaron ya que el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Santander desestimó la petición de la mujer al estimar que la tutela frente a inmisiones como el ruido, pasa por obligar a cesar la actividad molesta, ejecutar obras de acondicionamiento para evitar las molestias o resarcir por los daños causados, sin privación de la vivienda ya que «tal posibilidad implicaría una expropiación interina de las facultades del derecho de propiedad».

¹⁵ Quedan fuera del ámbito de aplicación de la LAU, después incluso, de los sucesivos vaivenes legislativos en materia de Arrendamientos, así *vid.*, artículo 5. Arrendamientos

excluidos. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley: e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística. De hecho, apréciase de la propia publicación «consolidada» del BOE, dichas alteraciones, derogaciones y renovaciones: Se modifica la letra e) por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo. Ref. BOE-A-2019-3108; Téngase en cuenta, para los contratos celebrados con anterioridad, lo dispuesto en la disposición transitoria 1 del citado Real Decreto-ley; Se deja sin efecto la modificación de la letra e) por Resolución de 22 de enero de 2019 que publica el Acuerdo del Congreso de los Diputados por el que se deroga el Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre. Ref. BOE-A-2019-799; Se modifica la letra e) por el artículo 1.2 del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre. Ref. BOE-A-2018-17293; Téngase en cuenta, para los contratos celebrados con anterioridad, lo dispuesto en la disposición transitoria 1 del citado Real Decreto-ley; Se añade la letra e) por el artículo 1.2 de la Ley 4/2013, de 4 de junio. Ref. BOE-A-2013-5941.

¹⁶ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María (2018), El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios, *RCDI*, 765, 496-512.

¹⁷ A la vía contenciosa-administrativa y la civil se añade la penal cuando los hechos sean constitutivos de conductas u omisiones tipificadas, como es el caso de la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Penal número 3 de los de Zaragoza; en ella se condena al propietario de un local por un delito de coacciones y contra el medio ambiente. Adicionalmente, se le impone la obligación pecuniaria de abonar los gastos de insonorización del local. Téngase presente el contenido del artículo 325 del Código Penal ya que en la redacción dada en el año 1995 al párrafo primero se tipifica un delito de riesgo abstracto, frente al párrafo segundo donde se contempla un delito en que, por el contrario, no basta el peligro sino que es necesario el resultado lesivo. Primer párrafo modificado, por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los siguientes términos «1. Será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años el que, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas». También *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 3.^a, de 20 de marzo de 2006, donde se condena por contaminación acústica al propietario de un bar. Finalmente se ha de destacar el ámbito de lo laboral y las normas tutelares del trabajador. En este sentido, el Real Decreto 286/2006, de 10 de marzo, sobre la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición del ruido, pretende desarrollar entre otros mandatos el recogido por el artículo 137.2 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea que establece como objetivo la mejora del entorno de trabajo para proteger la salud y seguridad de los trabajadores.

¹⁸ *Vid.*, ALLI TURRILLAS, Juan-Cruz y LOZANO CUTANDA, Blanca, *Administración y legislación ambiental*, Dykinson, Madrid, 2018, 10.^a ed. y en particular, La protección del medio ambiente como bien jurídico, 25 a 93; PULIDO QUECEDO, La lesión por ruido medioambiental de nuevo ante el Tribunal Constitucional, *AJA*, 671, 2005; CAVAS MARTÍNEZ, Vigilancia de la salud y tutela de la intimidad del trabajador, *AS*, 19, 2004; ALONSO GARCÍA, *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Madrid, 1995; MARTÍN-RETORTILLO, El ruido en la reciente jurisprudencia, *RAP*, 125, 1991, 319 y sigs.; La defensa frente al ruido ante el Tribunal Constitucional, *RAP*, 115, 1988.

¹⁹ SSTEDH de 9 de diciembre de 1994 (caso LÓPEZ OSTRA vs. España) y de 19 de febrero de 1998 (caso GUERRA vs. Italia) entre otras.

²⁰ Caso Moreno contra España.

²¹ *Vid.*, LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho civil I, Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, 2018 24.^a ed., 254 y sigs.

²² Sobre el daño moral *vid.*, MARCOS AYARZUN, *Reparación integral del daño: el daño moral*, Barcelona, 2002; GARCÍA LÓPEZ, *Responsabilidad civil por daño moral: doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1990; GARCÍA SERRANO, El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil, *ACD*, 1972, 799 y sigs.; ÁLVAREZ VIGARAY, La responsabilidad por daño moral, *ADC*, 1966, 81 y sigs.

²³ La intimidad personal y familiar es uno de los derechos de la personalidad cuya naturaleza, además, ha sido reforzada por el constitucionalismo moderno al integrarla entre los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, no solo las Constituciones han previsto la defensa de este derecho sino que, además, ha sido objeto recurrente de contemplación por parte de los textos internacionales *vid.*, ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, «La intimidad y el domicilio ante la contaminación acústica», *La Ley*, 5.437, 11-12, 2001; EVANGELIO LLORCA, «El perjuicio derivado de las inmisiones. Daños a la persona», *RJN*, julio-septiembre, 2000, 57 y sigs.; MACÍAS, «Asimilación por los Tribunales de la Jurisprudencia del TEDH, en materia de inmisiones e inviolabilidad del domicilio», *AC*, 39, 25 al 31 de octubre de 1999. Sin duda, la reiteración legal, como suele ser tónica general, nos hace intuir una reiterada conculcación de su contenido.

²⁴ Así se pronuncia el Tribunal de Derechos Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo en la sentencia de la sección tercera dictada el 16 de noviembre de 2004 en el caso MORENO *versus* España cuando declara que en «el presente asunto no se trata sobre una injerencia de las autoridades públicas en el ejercicio del derecho al respeto del domicilio, sino sobre la inactividad de estas para hacer cesar la violación, causada por terceras personas, del derecho invocado por la demandante (...) En estas circunstancias, el Tribunal considera que el Estado demandado no cumplió su obligación positiva de garantizar el derecho de la demandante al respeto de su domicilio y de su vida privada, ignorando el artículo 8 del Convenio».

²⁵ El Convenio fue ratificado por España mediante Instrumento de 26 de septiembre de 1979 y entró en vigor para España el 4 de octubre de 1979.

²⁶ Gracias a las previsiones de la Ley del Ruido, no ha lugar a esta cuestión, o por mejor decir se ha puesto punto final en este debate ya que la mencionada norma atribuye competencias en materia de tipificación y sanciones sobre el ruido. Con ello se disipa cualquier duda acerca de la competencia de los Entes locales en la materia ya que pese a que así se había determinado en la Ley de Bases del Régimen Local, se había puesto en duda en distintas resoluciones judiciales.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional número 14/2004, de 23 de febrero.

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2004, de 26 de febrero.

²⁹ STS Sala de lo Penal, 6 de octubre de 2015. Al existir un contrato de arrendamiento el buen o mal uso que se hiciera de los aparatos de sonido era exclusivamente imputable a la acusada que regentaba el local, en cuyas manos se halla de forma exclusiva la posibilidad de incrementar o reducir el sonido y en todo caso la obligación de cumplir y respetar las normas autonómicas y municipales sobre los ruidos excesivos y molestos autorizados.- Cuando se requiere también al propietario para que cesen los ruidos intensos y molestos y se ordena la insonorización del local, procedió de inmediato a hacer todo lo posible para evitar los sonidos fuertes y estridentes. Igualmente cuando el Ayuntamiento impone un limitador del sonido de los aparatos de música, el recurrente lo incorpora a dichos aparatos de inmediato.- A su vez, cuando con el tiempo fue objeto de manipulación, volviendo de nuevo a los ruidos prohibidos, debía ser exclusivamente la usuaria (arrendataria) quien debe solventar la cuestión.- Por último, es de destacar que los ruidos solo afectaron de forma negativa a las vecinos, cuando este arrendó el local a la acusada. Sin embargo cuando el recurrente de nuevo vuelve a alquilarlo para unos días de Navidad del año 2009, no consta en hechos probados que existiera protesta alguna sobre el rebasamiento de los decibelios autorizados.- En definitiva, con insonorización o sin ella, con reductor o limitador de sonidos, o sin él, el volumen de la música, dependía única y exclusivamente de la voluntad de la arrendataria, única responsable penal.

³⁰ Sobre la prueba *vid.*, «Por lo que atañe a la prueba del daño, a diferencia de los daños morales procedentes de otras causas, estimo que los derivados de inmisiones dañosas

y evidentes, que rebasan, por tanto, los límites de la normal tolerancia, permite fácilmente la aplicación a estos casos de la doctrina de la *in re ipsa loquitur*. Ratifica dicha afirmación con lo recogido a pie de página donde asevera: «Como declara la STS de 31 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5089), cuando el daño moral emane de un daño material o resulte de unos datos singulares de carácter fáctico, es preciso acreditar la realidad que le sirve de soporte, pero cuando depende de un juicio de valor consecuencia de la propia realidad litigiosa, que justifica la operatividad de la doctrina de la «*in re ipsa loquitur*», o cuando se da una situación de notoriedad, no es exigible una concreta actividad probatoria (FD Segundo)» (NIETO ALONSO, Antonia, Derecho de vecindad: la tutela del Derecho civil frente a inmisiones “medioambientales” ilícitas, *ADC*, Núm. LXX-III, julio de 2017, 959-1071).

Riesgos geográficos que presenta el *crowdfunding* de inversión y de créditos para proyectos inmobiliarios¹

Geographic risks presented by crowdfunding of investment and credits for real estate projects

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El *crowdfunding* es una manifestación de la economía colaborativa. En España está regulado el *crowdfunding* de inversión y de créditos a través de la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial. El propio fenómeno basado en la tecnología digital y la regulación española (consecuencia de la integración en la UE) permite una cierta globalización del fenómeno. No obstante, la UE querría alcanzar una globalización total del mismo mediante la creación de un espacio paneuropeo en que operasen los proveedores de servicios de financiación participativa (PSFP) dotados de una etiqueta europea, la cual les permitiría realizar operaciones de intermediación en todo el territorio europeo por encima de las fronteras del país donde el PSFP tuviera su sede. Este mercado integrado sería un lugar abierto a PSPF de nacionalidad no comunitaria, y donde podrían solicitar financiación empresas promotoras europeas o no, así como invertir inversores europeos y extracomunitarios, todo lo cual implica una globalización mundial del fenómeno, siendo el territorio comunitario «la incubadora» para una economía de escala y un efecto red importantísimo de los grandes operadores Fin Tech de servicios de financiación participativa. Sin embargo, la fragmentación del mercado de financiación participativa en el territorio de la UE es natural y lógica, justificada por la idiosincrasia y necesidades de cada mercado nacional. El anonimato de internet y la globalización (riesgos geográficos) generan mayor inseguridad al consumidor que la seguridad que aparentemente pretende ofrecérsele mediante regulaciones armonizadoras, siendo más vulnerable a situaciones de fraude, las cuales unidas a un posible concurso de acreedores del PSPF podría determinar un riesgo financiero sistémico en todo el territorio de la UE. Pues el PSPF capta grandes masas de inversores mediante su economía de escala y por otro lado, las PYMES (potenciales clientes de los PSFP como promotores de proyectos) representan más del 98 % de todas las empresas en Europa.

ABSTRACT: *Crowdfunding is a manifestation of the collaborative economy. In Spain, the collective financing of investment and loans is regulated through the Law for the Promotion of Business Financing. The phenomenon itself based on digital technology and Spanish regulation, consequence of its integration in the European Union, allows a globalization of the phenomenon. However, the EU would like to*

achieve a total globalization of the same by creating a pan-European space in which participative financing service providers (PSFPs) endowed with a European label, which allows it to carry out intermediation operations throughout the territory, above the borders of the country where the PSFP had its headquarters. This integrated market is a place open to PSPF of non-EU nationality, and where we could run European promoters or not, as well as European and non-EU investors, all that implies a global globalization of the phenomenon, being the community territory «the incubator» for a economy of scale and an very important red effect of the big Fin Tech operators of participative financing services. However, the fragmentation of the market for participatory financing in the territory of the EU is natural and logical, justified by the idiosyncrasy and needs of each national market. The anonymity of the internet and globalization (geographic risks) generate greater insecurity in the consumer that the security that apparently seeks to be offered by harmonizing regulations, being more vulnerable to situations of fraud, which together with a possible bankruptcy of PSPF could determine a systemic financial risk throughout the EU territory. Thus, PSPF captures large masses of investors through its economy of scale and, On the other hand, SMEs (potential PSFP clients as project promoters), represent more than 98% of all companies in Europ.

PALABRAS CLAVE: *Crowdfunding* inmobiliario. Financiación participativa. Riesgos geográficos y transfronterizos.

KEY WORDS: *Real estate crowdfunding. Participative financing. Geographical and transboundary risks.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ECONOMÍA COLABORATIVA.—III. EL *CROWDFUNDING* O FINANCIACIÓN COLECTIVA COMO MANIFESTACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA.—IV. PLATAFORMAS NACIONALES Y EXTRANJERAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA QUE PUEDEN OPERAR EN ESPAÑA.—V. EL LLAMADO RIESGO GEOGRÁFICO Y TRANSFRONTERIZO.—VI. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO RELATIVO A LOS PROVEEDORES EUROPEOS DE SERVICIOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA PARA EMPRESAS (PSFP).—VII. EL RIESGO TRANSFRONTERIZO EN EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO: 1. EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO EN ESPAÑA. 2. LOS ESPECIALES RIESGOS GEOGRÁFICOS DEL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la economía colaborativa, que se extiende también a la financiación, amenaza con producir cambios trascendentales en la organización social, en la propiedad, en el trabajo y en la cultura de los diversos países donde llegue a implantarse. Teniendo presente que pretende ser un fenómeno global, podría llegar a «crear» un mundo basado en la tecnología digital y en el dato, extraño a los parámetros de civilización que hemos conocido hasta ahora.

En el presente artículo analizamos los riesgos que un mercado integrado a nivel de la UE podría generar para los inversores de plataformas de *crowdfun-*

ding, analizando en particular los riesgos geográficos que presentan los proyectos inmobiliarios referidos a inmuebles radicados fuera del territorio nacional.

II. LA ECONOMÍA COLABORATIVA

A raíz de la Directiva comunitaria 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, se han aprobado en España dos leyes conocidas coloquialmente como *Ley Paraguas* y *Ley Omnibus*; la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Probablemente, los inicios prácticos de la economía colaborativa pueden relacionarse con dicha Directiva y en España, con dichas Leyes. Pero ¿qué es la economía colaborativa? En las próximas líneas trataremos de aproximarnos a su filosofía subyacente, explicativa del régimen jurídico incipiente que existe sobre la misma y del régimen jurídico que pretende elaborarse para la misma².

La economía colaborativa (consumo colaborativo o participativo; financiación participativa) pretende extenderse a comunidades y ciudades de todo el mundo «que usan las redes tecnológicas para *hacer más con menos*». Este sería el lema de la economía colaborativa que abarcaría las más variadas actividades, desde el alquiler al préstamo. La economía colaborativa viene acompañada «por una transformación conceptual del trabajo». Pretende complementar la economía de producción con la economía del consumo, «desde un punto de vista innovador, económico y ecológico». La economía colaborativa busca una transformación organizativa y cultural de la sociedad, llegando a afectar *al concepto mismo de propiedad* pues «plantea la oferta y el consumo *no como mera posesión de bienes sino como el acceso compartido a su disfrute*». «Mientras los productos en la sociedad de consumo convencional están pensados para la *propiedad individual*, el consumo rápido y una eliminación prematura; la creación de productos duraderos y preparados para *un uso intensivo de modo que puedan ser utilizados por varias personas*, o a lo largo de la vida de un mismo consumidor o usuario, son señas de identidad del consumo colaborativo o participativo, *lo que contribuye a un comportamiento más ecológico en los ciclos vitales de los bienes disfrutados*. Las nuevas tecnologías (*peer to peer* y las redes sociales) resaltan la importancia de la *comunidad virtual y real*»³.

«La cuestión radica en la conexión entre las personas que necesitan acceso a un recurso con aquellas otras que dispongan de esos recursos que están infrautilizados y que pueden ser prestados, regalados, intercambiados, alquilados, etc. Esta relación *se basa en un sentimiento de comunidad, de compartir y de participación entre los usuarios* donde la confianza es el vínculo que permite establecer conexiones, desarrollar un consumo alternativo y a la larga mantener las relaciones creadas, todo ello necesariamente en un contexto de transparencia, *en especial, la de carácter financiero y de responsabilidad de las plataformas que impulsan el consumo colaborativo*.

Al respecto, el poder de la colaboración y el compartir a través de la tecnología tienden a cambiar la forma de concebir la propiedad y las relaciones comerciales. El producto ya no se vende únicamente, sino que se alquila, redistribuye o comparte, como también sucede con los servicios»⁴.

Se trata de que el consumidor posea menos (tenga menos bienes en propiedad), pero consuma más. *Con la economía colaborativa se reduce el número*

de sus bienes pero el consumidor crece en los aspectos emocionales (participa de mayores experiencias y emociones) lo que le proporciona «afirmación personal y sentimiento de pertenencia» [a la comunidad virtual]. «Con las iniciativas de consumo colaborativo se optimizan los recursos ya disponibles y se evita la fabricación de nuevos productos innecesarios. En definitiva, compartir resulta rentable y sostenible»⁵.

«...el consumo colaborativo o participativo siempre debe realizarse por propia iniciativa y basarse en la participación voluntaria. ...Representa una tercera ola de Internet, donde la gente se encuentra en Internet para compartir fuera de Internet. Y también se describe acertadamente por su función de poner en circulación todo aquello que existe», de donde cabe deducir que la economía colaborativa proporcionará un volumen de negocio hasta ahora desconocido para las empresas-plataformas intermediarias (al maximizar el número de transacciones), así como de manejo de datos personales de los usuarios⁶.

«La tecnología supone un factor imprescindible para optimizar la localización de los recursos, para agregar grupos de gente con intereses comunes y para construir comunidades. Las tecnologías móviles y de tiempo real incrementan la velocidad y la comodidad tanto para añadir información sobre la localización como para facilitar un sistema de pago sencillo cuando es necesario». Para el desarrollo de la economía colaborativa es esencial el factor confianza y buena reputación, para conseguir que las comunidades se encuentren seguras. «Cuando se crea un sentimiento de comunidad entre los usuarios del servicio se potencia, asimismo, la confianza en el propio servicio y entre sus usuarios. Los usuarios cuidarán de sus acciones e interacciones para poder construir y proteger su buena reputación, ya que esta es el elemento que les va a permitir interactuar con la comunidad y usar el sistema, como sucede en todos los mercados», de tal manera que *deberán recogerse «experiencias centradas en el usuario para establecer bancos de reputación mediante las debidas bases de datos centralizadas»*⁷.

De tal manera que «el capital de reputación» podrá actuar como *una segunda moneda*, cuyo valor reside en una oferta de confianza⁸.

«En resumen, se trata de reformular la ecuación: crédito + publicidad + propiedad individual = hiperconsumo —que refleja el espíritu del siglo XX— en esta otra que pretende perfilar el actual siglo: reputación + comunidad + acceso compartido = consumo compartido o colaborativo»⁹.

«El consumo colaborativo comparte muchos objetivos de las políticas de la Unión, especialmente del mercado interior... Muchas empresas nuevas de consumo colaborativo realizan sus operaciones en el territorio de la Unión, por lo que el continente puede convertirse en una “incubadora” de nuevos modelos de negocio que cree un desarrollo económico más sostenible»¹⁰.

Cualquier ámbito de la vida cotidiana puede ser objeto de práctica de consumo colaborativo, y por ello, también lo que se refiere a finanzas (préstamos entre particulares, préstamos directos de particulares a pequeñas y medianas empresas, crowdfunding o financiación colectiva, crowdfunding for crowdbenefits)¹¹.

En este caso, el inversor que tiene «infrautilizado» su dinero lo comparte para financiar un proyecto que necesita recursos, con ánimo de que tal proyecto genere beneficios a la masa de participantes que han tomado parte en el mismo mediante aportación de capital. No se trata pues de fomentar el ahorro, conducta que hasta ahora ha venido practicando tradicionalmente el ciudadano medio que tenía un excedente de recursos con los cuales iban constituyendo un patrimonio que legar a sus hijos, sino de fomentar la cultura de la inversión frente a la cultura del ahorro (con los riesgos de pérdida del capital que ello entraña). Se trata, pues,

de que el ciudadano deje de ser un ahorrador y se convierta en un inversionista «a pequeña escala»¹².

El *crowdfunding* de préstamos o *crowdlending* presenta dos modalidades según se preste a otras personas o a empresas. En el primer caso, se habla de *crowdlending peer to peer* o P2P, de igual a igual, o de persona a persona. Se financia la reforma de la casa, unos estudios universitarios, la adquisición de un vehículo... En el segundo caso, se habla de *crowdlending P2B*, o *peer to business*, o lo que es lo mismo, *crowdlending P2C*, *peer to company* o sea, de persona a negocio, financiándose un proyecto empresarial. En ambos casos se trata de una financiación participativa pero puede haber diferencias en la cuantía objeto de financiación, pues la PYME que recurre a esta modalidad de financiación para sacar adelante su proyecto empresarial (si se trata de un proyecto inmobiliario, hablamos de *crowdfunding inmobiliario*) necesitará un préstamo mayor; en cuanto al riesgo, resulta más arriesgado prestar a una persona que a una empresa, pues los beneficios que genera la actividad de esta harán más fácil la devolución del capital y el abono de los intereses. Y en cuanto a garantías, las empresas suelen ofrecer garantías hipotecarias, lo que en España, por ejemplo, no está permitido al particular (art. 87 LFFE). En cuanto al vencimiento es más cercano en el caso del préstamo participativo P2P y más lejano en el préstamo participativo P2B¹³.

III. EL CROWDFUNDING O FINANCIACIÓN COLECTIVA COMO MANIFESTACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Como hemos indicado el *crowdfunding* o financiación colectiva es una manifestación más de la *economía colaborativa*.

Partimos para demostrarlo del documento «Una Agenda para la economía colaborativa», de 2 de junio de 2016, en el que la Comisión Europea define la economía colaborativa del siguiente modo:

«A los efectos de la presente Comunicación, el término “economía colaborativa” se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias — pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro».

En la financiación participativa, en cambio, los intermediarios (en España, plataformas de financiación participativa (PFP), reguladas por el Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial) conectan a promotores de proyectos empresariales (inmobiliarios, si hablamos de *crowdfunding* inmobiliario) con inversores que, a cambio de su aceptación a participar como prestamistas en una oferta de préstamo realizada por la empresa promotora prestataria o a cambio de una suscripción de valores de la empresa promotora, pretenden conseguir un rendimiento económico^{14, 15}.

En el documento citado, la Comisión señala que el hecho de que la plataforma colaborativa esté o no sujeta a requisitos de acceso al mercado depende de la naturaleza de sus actividades.

«En la medida en que las plataformas colaborativas proporcionan un “servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios”, ofrecen un servicio de la sociedad de la información. Por lo tanto, no pueden estar sujetas a autorizaciones o cualquier requisito equivalente... Asimismo, los Estados miembro solo pueden imponer requisitos reglamentarios a las plataformas colaborativas que ofrecen tales servicios de forma transfronteriza desde otro Estado miembro en circunstancias limitadas y sujetos [a] un procedimiento específico.

Sin embargo, puede haber casos en los que puede considerarse que las plataformas colaborativas ofrecen *otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios...* En particular, en determinadas circunstancias, *una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente... En tal caso, las plataformas colaborativas podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios...*¹⁶.

En relación con las plataformas de financiación participativa, tal y como están reguladas en España por la LFFE, cabría indicar que no solo prestan un servicio de la sociedad de la información, *sino que también prestan un servicio de selección y publicación de proyectos. Pueden incluso fijar (complementando) condiciones del contrato de préstamo participativo, aparte de prestar otros servicios auxiliares.* En la Propuesta de Reglamento comunitario que existe en la materia estas empresas llegan a ser calificadas de «Proveedores de *servicios de financiación participativa*», luego parece evidente que las PFP que regula el legislador español prestan unos servicios, *además de los servicios de la sociedad de la información, y asumen un riesgo por la actividad que realizan, de la que son responsables*¹⁷.

Es precisamente por este motivo que la ley española (LFFE) exige la obtención de una autorización para poder operar como plataforma de financiación participativa (PFP), o sea, *como nuevo operador del mercado financiero para prestar los servicios de financiación participativa*¹⁸.

IV. PLATAFORMAS NACIONALES Y EXTRANJERAS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA QUE PUEDEN OPERAR EN ESPAÑA

De acuerdo con los artículos 46 y 55 LFFE, pueden operar en territorio nacional aquellas sociedades de capital constituidas por tiempo indefinido, que tengan por objeto social exclusivo la intermediación en *crowdfunding* de inversión o de préstamos y *que tengan su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional o en otro Estado miembro de la Unión Europea, siempre que obtengan la preceptiva autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (arts. 53 y 54 LFFE)*¹⁹.

Pueden, pues, operar en España con la denominación de Plataformas de Financiación Participativa (art. 48 LFFE), sociedades *españolas (aquellas domiciliadas en España y constituidas con arreglo a la ley española, arg. ex art. 28) y sociedades de nacionalidad extranjera [siempre que cumplan el requisito de estar válidamente constituidas con arreglo al Derecho extranjero y tengan su domicilio social así como su efectiva administración y dirección en países de la UE, arg. ex arts. 28 y 9.11 CC y art. 55.b) LFFE]*²⁰.

Dichas PFP (españolas o extranjeras, pero con autorización de la CNMV española) estarán sujetas al Título V de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, *siempre que ejerzan su actividad en territorio nacional (anuncian, promocionan o captan clientes en España o dirigen específicamente sus servicios a inversores y promotores residentes en territorio español)*. Igualmente, estará sujeta a dicho Título V *la participación en ellas de los promotores de proyectos y de los inversores (acreditados y no acreditados), o sea, tanto los contratos que estos verifiquen con la PFP como entre sí* (art. 47 LFFE).

Ahora bien, no se considerará que un servicio de intermediación se ha verificado *en territorio nacional, y por lo tanto, no se aplicará la LFFE* (art. 46.3), cuando un residente en España participe *por iniciativa propia*, como inversor o promotor, en una plataforma con domicilio social en el extranjero (aunque preste los servicios indicados en el artículo 46 LFFE y tenga por lo tanto, *autorización española para operar como PFP*), *siempre que dicha PFP no esté operando efectivamente en territorio nacional en los términos del artículo 47.3 LFFE*²¹.

En resumen, para que una empresa pueda intermediar en el mercado de financiación participativa español requiere una autorización como PFP otorgada por el Estado español (la cual se otorga a empresas españolas o extranjeras *cuyo domicilio y efectiva administración y dirección radique en territorio nacional, o bien en otro Estado de la UE*).

V. EL RIESGO GEOGRÁFICO

En teoría es posible que una PFP que intermedia en *crowdfunding* inmobiliario pueda publicitar proyectos inmobiliarios para la adquisición, construcción o rehabilitación, y posterior alquiler y/o venta de inmuebles *radicados en cualquier parte del mundo*.

La tecnología digital permite además que *cualquier residente en España* (español o extranjero, *arg. ex. art. 47.2 y 3 LFFE*) actúe como inversor prestando su dinero o adquiriendo acciones de un promotor de proyecto empresarial inmobiliario, *nacional o extranjero comunitario*, pues el artículo 67 LFFE solo exige que el promotor persona jurídica esté válidamente constituido en España *o en otro Estado miembro de la Unión Europea, y si se trata de persona física, que su residencia fiscal radique en España o en otro Estado miembro de la UE*²².

No obstante estos elementos extranjeros, *las relaciones jurídicas entre PFP y clientes, y entre inversores y promotores, se sujetarían al Derecho español de acuerdo con lo previsto en el artículo 47.1 LFFE*, tal y como hemos explicado antes, al desarrollarse la actividad de intermediación de la PFP en el ámbito nacional español.

Tanto la tecnología digital como la propia regulación hecha por el Estado español (fruto de su integración en la UE) permite una importante globalización del fenómeno de la financiación participativa, que atraviesa las fronteras, pues inversores españoles podrían financiar, *a través de PFP que operasen en España, proyectos empresariales de empresarios no españoles pero nacionales de la UE o incluso de países ajenos a la UE*.

Si a ello añadimos la posibilidad de que el inmueble objeto del proyecto empresarial inmobiliario financiado radique en cualquier parte del mundo, esta globalización del fenómeno es aún mayor con todos los riesgos geográficos y problemas transfronterizos que ello entraña y a los que aludiremos después.

No obstante esta globalización del fenómeno, desde la UE todavía se aspira a una globalización aún mayor (podríamos decir que total y a nivel mundial)

mediante la creación de un mercado de capitales integrado (o Unión de los Mercados de Capitales) en todo el territorio de la UE (hay que tener en cuenta que las plataformas de *crowdfunding* de inversión se conceptúan como un nuevo operador del mercado financiero).

La libre circulación de capitales se aseguraría por el hecho de no circunscribirse el mercado de la intermediación de las plataformas a un mercado nacional, sino extenderse a un mercado paneuropeo y no tener ningún natural impedimento derivado del traspaso del servicio de la frontera nacional y, por lo tanto, de la entrada en otro territorio soberano con la consiguiente aplicación del Derecho nacional de este otro país soberano. No se quiere un mercado segmentado territorialmente (por soberanías) sino un mercado que esté por encima de las soberanías nacionales y que controle y supervise una autoridad paneuropea.

Se señala que el inversor (y el promotor) español, p.e., corren el riesgo de no conocer la legislación aplicable cuando invierten a través de plataformas que operan con autorización nacional de otro Estado de la UE y que desarrollan su actividad en territorio diverso del territorio español. Por lo que la inversión transfronteriza sería insegura para el inversor (en cuanto a sus derechos, recursos legales, procedimientos...) y generaría un riesgo geográfico.

Pero sobre todo se insiste, en los costes económicos y de cumplimiento normativo que para las empresas que quieren intermediar en este mercado de la financiación participativa supone obtener autorizaciones de diversos Estados de la UE, para operar en los distintos mercados nacionales. Es por este motivo que la UE quiere dotarlas de un «pasaporte europeo» que les permita con una única autorización comunitaria, operar en todo el territorio de la UE, quedando sujeta la posición de los clientes de tales plataformas a la regulación europea (y no a las diversas regulaciones nacionales)^{23,24}.

Pero los regímenes nacionales, como reconocen el propio Parlamento Europeo y el Consejo «*están adaptados a las características y necesidades de los mercados y los inversores nacionales.* Como consecuencia, las normas nacionales vigentes son divergentes en lo relativo a las condiciones de funcionamiento de las plataformas de financiación participativa, a la gama de actividades permitidas y a los requisitos para la concesión de autorizaciones»²⁵. La segmentación nacional parece, pues, natural y lógica.

VI. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO EUROPEO RELATIVO A LOS PROVEEDORES EUROPEOS DE SERVICIOS DE FINANCIACIÓN PARTICIPATIVA PARA EMPRESAS (PSFP)

Esta propuesta se enmarca dentro de la llamada Agenda Europea para la economía colaborativa, sobre la que existe una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de fecha 2 de junio de 2016, de la que, sin embargo, se excluyen las «*cuestiones relacionadas con las actividades de microfinanciación colectiva y los servicios prestados por plataformas de aprendizaje.*» Aquellas cuestiones fueron tratadas en otro documento de 27 de marzo de 2014, emanado de la Comisión y titulado «*Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la Unión Europea*»²⁶.

A su vez, esta «Agenda para la economía colaborativa» se enmarca en la más amplia *Agenda para la economía digital y del dato*, caracterizada por la sustitución de realidades materiales por realidades virtuales (comunidades naturales por comunidades virtuales; dinero físico por dinero virtual), así como por la deslocalización de los negocios, la supresión de intermediarios, y la más que probable

pérdida de numerosos puestos de trabajo tradicionalmente desempeñados en la sociedad, todo lo cual no está claro que vaya a redundar precisamente en una mayor libertad de los ciudadanos y de las propias empresas²⁷.

De hecho, en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento se señala que «el sector de los servicios financieros es el mayor usuario de tecnologías digitales y constituye un factor importante en la transformación digital de nuestra sociedad»^{28, 29}.

Esta transformación digital no es posible «sin un nuevo modelo organizativo y cultural»³⁰.

La Propuesta de Reglamento pretende tener su ámbito de aplicación en la financiación participativa de inversión y de crédito de empresas innovadoras, emergentes, PYMES y otras empresas no cotizadas (como nueva forma de servicio financiero basado en la tecnología). No se aplicaría a los servicios de intermediación a favor de proyectos de consumo³¹.

Como hemos indicado antes, pensamos que se quiere generar un mercado global a nivel mundial pues la Comisión indica que «a pesar del rápido crecimiento de los mercados nacionales, las barreras transfronterizas señaladas anteriormente dificultan que los inversores internacionales participen en plataformas europeas de financiación participativa»³².

La Propuesta versaría sobre un régimen único voluntario de financiación participativa a nivel europeo bajo la *etiqueta* (directamente aplicable en cada Estado de la UE y por la que se podría optar) de proveedor europeo de servicios de financiación participativa, que las plataformas podrían escoger cuando quisieran realizar negocios transfronterizos. Este régimen dejaría inalterados los marcos nacionales. La obtención de una única autorización europea les permitiría operar en cualquier país de la UE distinto del de su sede, así como para hacerlo de forma transfronteriza desde su sede (ofreciendo los servicios de intermediación a promotores e inversores de diversos Estados o de toda la UE)³³.

El régimen europeo sería único, es decir, tanto aplicable a los modelos de inversión como a los de crédito (*crowdlending* y *equity crowdfunding*). Si el proveedor de estos servicios decidiese solicitar la etiqueta europea, se le revocaría la autorización o autorizaciones nacionales que hubiera obtenido previamente. De hecho, la normativa establecida por el Reglamento no se aplicaría a los servicios de intermediación en financiación participativa prestados por personas físicas o jurídicas autorizadas de acuerdo con la normativa nacional. La autorización o etiqueta europea sería otorgada por la AEVM, Autoridad Europea de Valores y Mercado, órgano encargado de la supervisión de estas actividades, que tendría que crear un registro público actualizado de todos los servicios de financiación participativa que operasen en la Unión de conformidad con el presente Reglamento.

El mercado paneuropeo que crearía este Reglamento, caso de ser aprobado, sería un mercado que traspasaría las fronteras de la Unión Europea pues el artículo 4.1 de la Propuesta prevé que *los servicios de financiación participativa «solo podrán ser prestados por personas jurídicas que tengan un establecimiento efectivo y estable en un Estado miembro de la Unión y que hayan sido autorizadas en calidad de proveedores de servicios de financiación participativa de conformidad con el artículo 11 del presente Reglamento»*. Parece, pues, que empresas de nacionalidades no europeas podrían obtener la etiqueta europea para operar como prestadores de servicios de financiación participativa en el territorio comunitario.

De este modo, cabe pensar que una empresa norteamericana o china, p.e., (constituida en EE.UU o en China³⁴, con arreglo al Derecho de aquellas naciones, y con domicilio social en dichos países) podría, siempre que tuviera un establecimiento efectivo y estable en un Estado miembro de la UE (p.e., España,

o Francia, o Italia), solicitar la etiqueta europea para operar a nivel europeo y prestar servicios transfronterizos, dirigidos a promotores, empresas europeas y empresarios individuales personas físicas residentes en la UE, así como inversores residentes en la UE. Incluso, promotores e inversores internacionales (de terceros estados) podrían también participar como clientes de los proveedores de servicios de financiación participativa, dadas las facilidades que ofrece la operabilidad a través de páginas web, o sea a través de la plataforma de financiación participativa o sistema electrónico de información explotado o gestionado por el proveedor de servicios de financiación participativa. Pues la propuesta de Reglamento está huérfana de la exigencia que sí contiene la ley española de que el promotor persona jurídica esté válidamente constituido en España *o en otro Estado miembro de la Unión Europea, y si se trata de persona física, que su residencia fiscal radique en España o en otro Estado miembro de la UE*³⁵.

*Salvo mejor opinión fundada en Derecho, entendemos, pues, que por esta vía la UE crearía un espacio digital delimitado por las fronteras de la Unión en el que podrían operar libremente las grandes empresas que a nivel mundial funcionasen como proveedoras de servicios de financiación participativa, bien fuesen empresas FinTech, filiales de grupos bancarios o el grupo GAFAs*³⁶.

Como las plataformas de financiación participativa dependen en gran medida de los efectos de red, la escala europea expandiría enormemente sus modelos de negocio, al salir de las fronteras nacionales, las cuales crean espacios digitales para la operabilidad más reducidos y mucho más seguros en términos de evitación de fraudes a los inversores, de blanqueo de capitales, etc., y como hemos señalado antes, adecuados a la idiosincrasia y necesidades de cada estado soberano, las cuales se plasman también en su Derecho.

Estas plataformas europeas de financiación colectiva podrían a su vez generar riesgos sistémicos importantes en caso de fraudes colectivos o concursos de acreedores de tales proveedores de servicios al afectar a inversores de muy diversos Estados y a una gran cantidad de estos (pues el objeto de la expansión paneuropea de su negocio es precisamente la captación de grandes masas de inversores).

Por otro lado la lejanía del centro donde el proveedor de los servicios tiene su establecimiento efectivo (riesgo geográfico añadido), dejará al inversor consumidor en una situación de alta desprotección, no solo porque las comunicaciones, de haberlas, con la plataforma serán exclusivamente telemáticas, sino por la lejanía de la Autoridad de supervisión.

Curiosamente, Reino Unido, el país europeo con mayor volumen de mercado de financiación participativa en Europa, parece que quedaría fuera de este entorno digital paneuropeo de materializarse el Brexit y su salida de la UE³⁷.

El verdadero riesgo geográfico en el *crowdfunding* es, pues, por todo lo expuesto *el que generan las operaciones transfronterizas aunque sean operaciones armonizadas legislativamente, y no la diversidad de legislaciones creadas por cada Estado soberano*³⁸.

VII. EL RIESGO TRANSFRONTERIZO EN EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO

1. EL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO EN ESPAÑA

El estallido de la burbuja inmobiliaria tuvo como efecto la paralización de la promoción inmobiliaria y de la inversión en este sector. Sin embargo, se se-

ñala que en los últimos años está volviendo a resurgir gracias al fenómeno del *crowdfunding* inmobiliario. Así empresas como *Civislend*, *Housers*, *Privalore*, *The Crowd Estates*, *InvestReal...*, o bien actúan como intermediarios en línea ofertando contratos de préstamo para financiar la compra, rehabilitación, venta o promoción de bienes inmuebles (proyectos inmobiliarios ajenos que publicitan) o bien operan sobre la base del *crowdfunding* directo (no regulado en España) a través de sus propias plataformas y sin intermediarios, solicitando financiación para sus propios proyectos. Junto a estas empresas surgen inmobiliarias de base tecnológica «que irrumpen a través de internet en ventas sin intermediarios de casas, como *Houcell*, o venta de bienes de segunda mano a través de Internet, como *Housfy*, o empresas centradas en edificios inteligentes como *Libelium...*»³⁹.

Con la publicación de la LFFE han solicitado registrarse como PFP, *Civislend*, «que se publicita en su página web como la plataforma pionera del *crowdlending* inmobiliario en España» o *Housers*⁴⁰.

En cambio, Privalore opera sobre la base del crowdfunding directo, no regulado en España. «De momento, es la única plataforma de *crowdfunding* directo en España, en la medida en que opera con proyectos propios, sin intermediarios...». No se trata de una PFP sino una empresa que ofrece proyectos propios. «... la empresa selecciona viviendas en el centro de Madrid y Barcelona y las compra con fondos propios. *Privalore* cubre de media el 65 % del inmueble y ofrece a los inversores [que se transforman en socios] el resto del importe necesario. Posteriormente, *Privalore* rehabilita estas viviendas en un plazo inferior a dos meses y las vende... *Privalore* se encarga de coordinar obras, gestionar trámites, obtener financiación bancaria, contacto con la comunidad, visitas comerciales de compradores y finalmente, la venta»⁴¹.

2. LOS ESPECIALES RIESGOS GEOGRÁFICOS DEL CROWDFUNDING INMOBILIARIO

Se entiende por transacción transfronteriza la que se realiza «por encima de las fronteras»⁴². Ya hemos indicado anteriormente los riesgos geográficos que plantea.

Ahora bien, tratándose del *crowdfunding inmobiliario* otro elemento transfronterizo puede ser *el lugar donde radique el inmueble objeto del proyecto inmobiliario, dado que este puede encontrarse fuera del territorio nacional. Como hemos dicho, por hipótesis, el inmueble puede encontrarse en cualquier lugar del mundo, en España, en territorio de la UE, o fuera de la UE.*

Si una empresa promotora de proyectos inmobiliarios y que busca financiación a través de una PFP autorizada con arreglo a la LFFE, o bien una empresa que recurre al crowdfunding inmobiliario directo (sin PFP intermediaria), gestionando su propia web, pretende adquirir un inmueble en país extranjero, se encontrará con que la ley aplicable a la constitución de hipoteca sobre el mismo (para garantizar la devolución del capital prestado por los inversores partícipes en la operación de crowdfunding) deberá sujetarse a la lex rei sitae, a la ley del lugar donde radica la propiedad. «El carácter constitutivo de la inscripción en un registro público de la garantía hipotecaria, provoca una especial vinculación de la garantía sobre el bien con el lugar en que radique este y, por ende, con el lugar de ubicación del registro en cuestión...», lo que puede determinar desconocimiento de la normativa aplicable en el constituyente de la hipoteca y de las consecuencias legales y económicas que tiene la constitución de tal garantía, sobre todo en caso de incumplimiento⁴³.

Por otro lado, la inscripción del inmueble adquirido deberá realizarse en el Registro de la Propiedad del país donde radique, teniendo presente que los regímenes inmobiliarios comparados difieren significativamente (modelo francés, modelo alemán, modelo australiano) en lo referente a los efectos que produce la inscripción en tales registros y a la protección que ofrecen al adquirente⁴⁴.

Todo ello redundaría en una gran inseguridad para el inversor en plataformas de *crowdfunding* inmobiliario que realmente, tratándose de proyectos inmobiliarios transfronterizos, realiza una verdadera inversión «a ciegas», corriendo *graves riesgos geográficos, esto es, derivados de la ubicación del inmueble, que es el elemento tangible «garante» de la inversión. Al anonimato y la despersonalización que supone Internet (no es lo mismo contratar un fondo de inversión en una entidad bancaria, con sucursales abiertas al público, que contratar la financiación de un proyecto de un promotor, que puede ser una empresa de base tecnológica, bien sea directamente o a través de un intermediario, también con visibilidad meramente tecnológica)* se suma el riesgo de que el promotor llegue a adquirir efectivamente el inmueble, lo que no solo dependerá de las garantías adoptadas para materializar la compra (arras, contrato de opción de compra), sino también de la protección que dispense el Registro de la Propiedad competente (en España, arts. 32 y 34 de la LH y principio de fe pública registral, inexistente, por ejemplo, en Francia cuyo sistema registral es un sistema de mera inoponibilidad de lo no inscrito a lo inscrito)⁴⁵.

Pensamos que es esencial que el inversor en *crowdfunding* inmobiliario pueda ver palpablemente el inmueble objeto de la promoción, bien sea un inmueble que se compra para rehabilitar y luego vender o alquilar, o un inmueble que va a construirse. Y ello solo se garantiza si el inmueble radica en *territorio español*, de manera que la comprobación visual de la existencia del inmueble pueda verificarse con comodidad.

Del mismo modo que deben respetarse las particularidades nacionales en materia de regulación de las plataformas de *crowdfunding*, *para responder a las necesidades e idiosincrasia de cada país europeo, deben respetarse las particularidades en materia tan sensible como es la transmisión y publicidad de la propiedad y la constitución de derechos reales como la hipoteca. La propiedad es la institución que más arraiga al hombre a la tierra. Y ese arraigo se mermaría si una legislación extraña a las tradiciones jurídicas de una nación decidiese su forma de transmisión.*

Entendemos, por lo tanto, que las plataformas de crowdfunding inmobiliario (y su regulación) deberían tener un alcance netamente nacional en cuanto a los proyectos inmobiliarios que publicitasen y para los que captasen financiación, ofreciendo de este modo seguridad al inversor y eliminando de este modo el riesgo geográfico o transfronterizo.

VIII. CONCLUSIONES

I. El verdadero riesgo geográfico en el *crowdfunding* es el que generan las operaciones transfronterizas, aunque sean operaciones armonizadas legislativamente, y no la diversidad de legislaciones creadas por cada Estado soberano.

II. Deben respetarse las particularidades nacionales en materia de regulación de las plataformas de *crowdfunding*, *para responder a las necesidades e idiosincrasia de cada país europeo, y para una verdadera protección del inversor.*

III. También debe respetarse la tradicional *lex rei sitae* y como consecuencia lógica, *las plataformas de crowdfunding inmobiliario deberían tener un ámbito netamente nacional en cuanto a los proyectos inmobiliarios que publicitasen, esto*

es, dichos proyectos deberían referirse a inmuebles situados en el Estado español de modo que se garantizase la visibilidad por el inversor del inmueble objeto del proyecto, eliminándose los riesgos geográficos, riesgos que no eliminan sino que consolidan las operaciones legislativas armonizadoras.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch, S.L.
- BRUSOLA, T. (2016). La compra de vivienda por participaciones: el *crowdfunding* inmobiliario. *Inmueble: Revista del Sector inmobiliario*, núm. 165, 54-57.
- BRUSOLA, T. y CORRAL, A. (2016). *Crowdfunding*: nueva forma de inversión inmobiliaria. *Inmueble: Revista del Sector inmobiliario*, núm. 158, 8-11.
- GARCÍA PITA Y LASTRES, J.L. (2016). Plataformas de financiación participativa y *financial crowdfunding*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LAFRAYA, C. (2016). Las plataformas de «*crowdfunding*» inmobiliario aterrizan en España. *La Vanguardia*, 8 de septiembre.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2018). Las plataformas de financiación participativa en la Ley de Fomento de la Financiación empresarial. Aproximación a la regulación del *crowdfunding* en España». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 769, 2808-2832.
- MARTÍNEZ ALMEIDA, P. (2016). Pros y contras del *crowdfunding* inmobiliario: lo que debes saber antes de invertir en ladrillo por internet. *Idealista. News*, octubre.
- MARTÍNEZ ECHEVARRÍA, A. y PAÑEDA, F. (2018). Las plataformas de financiación participativa-*crowdfunding*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- MONTERO PASCUAL, J.J. (Dir.) (2017). *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, Blabacar, Uber y otras plataformas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO SERRANO, E. (2017). La incidencia del *crowdfunding* inmobiliario en el desarrollo de las formas alternativas de financiación colectiva. *Anuario de Capital Riesgo*, 119-142, disponible en <http://www.incari.org/index.php/es/anuario-capital-riesgo>
- MUÑOZ PÉREZ, A. (2018). *Crowdfunding* en Europa; entre la fragmentación y la unidad de mercado. *Revista de Derecho del Mercado de Valores*, núm. 22, 1-25 (formato PDF).
- ORTÍ VALLEJO, A. y RUBIO GIMENO, G. (2019). *Propuestas de regulación de las plataformas de economía colaborativa. Perspectivas generales y sectoriales*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- REDONDO FAYA, F. (2016). *Crowdfunding* inmobiliario: una alternativa de inversión más «democrática». *Inmueble: Revista del Sector Inmobiliario*, núm. 162, 18-23.
- SÁNCHEZ CALERO, F.J. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2017). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ PADRÓN, L.A. (2016). Instrumentos alternativos de financiación para las cooperativas españolas. *Revista de Estudios cooperativos*, núm. 122, 285-313.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2018). Plataformas de financiación participativa: una alternativa a la financiación bancaria que facilita, también, la contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza. En: Sánchez Ruiz de Valdivia, I. (Dir.). *La contratación inmobiliaria e hipotecaria transfronteriza*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 35-145.

VILALTA NICUESA, A. (2018). La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 275-330.

NOTAS

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof.^a Dra. Matilde CUENA CASAS, Catedrática de Derecho civil de la UCM.

² *Vid.*, VILALTA NICUESA, 2018, en particular 301-309.

³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI», de 21 de enero de 2014, ponente B. HERNÁNDEZ BATALLER, 1 y 2.

⁴ *Ibidem*, puntos 2.9 y 2.10.

⁵ *Ibidem*, punto 2.11 y 2.14.

⁶ *Ibidem*, punto 3.1 y 3.2.

⁷ *Ibidem*, puntos 3.3 a 3.10.

⁸ *Ibidem*, punto 3.11.

⁹ *Ibidem*, punto 3.14.

¹⁰ *Ibidem*, punto 3.15.

¹¹ *Cfr.*, *Ibidem*, punto 4.10.

¹² «La microfinanciación colectiva con remuneración financiera es algo menos conocida [que el micromecenazgo] y se considera que conlleva mayores riesgos para los contribuidores, que actúan como inversores. Las principales cuestiones reguladas por la legislación de la UE y que guardan relación con todos los tipos de financiación colectiva son la lucha contra el blanqueo de capitales, la publicidad, la protección de los consumidores y, en su caso, la protección de los derechos de propiedad intelectual» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la UE», de 27 de marzo de 2014, 6).

¹³ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 72-73.

¹⁴ Para tener una visión clara de la amplitud de mercado que las actividades de *crowdfunding* pueden llegar a tener, dado que van dirigidas fundamentalmente a las PYMES, hay que tener presente que las PYMES representan «más del 98 % de todas las empresas en Europa, que emplean a 2 de cada 3 trabajadores» (dato extraído del punto 5.1 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y la clientela», de 26 de abril de 2017).

¹⁵ «La diferencia con respecto a una OPI, por ejemplo, radica en que los valores emitidos no suelen negociarse en un mercado secundario ni se realiza ningún aseguramiento de la emisión» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la Unión Europea», de 27 de marzo de 2014, 4).

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda para la economía colaborativa, de 2 de junio de 2016», 6.

¹⁷ De hecho la Comisión señala que «de conformidad con la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, todos los comerciantes deben observar obligaciones de diligencia profesional y no inducir a error a los consumidores. Esto se aplica también a las plataformas colaborativas que pueden considerarse comerciantes con respecto a sus propias prácticas comerciales (p.ej., servicios de intermediación, servicios de pago, servicios de calificación, etc.). ...En todo caso, al igual que cualquier responsable de la recogida y tratamiento posterior de datos personales en la UE, las plataformas colaborativas deben cumplir el marco jurídico aplicable en materia de protección de datos personales» («Una Agenda Europea para la economía colaborativa», 2 de junio de 2016, 11). *Vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2019, 2815-2820 y 2822-2823.

¹⁸ «En general ...cuanto más gestionan y organizan las plataformas colaborativas la selección de los proveedores de los servicios subyacentes [léase proyectos a publicitar] y la manera en que se prestan dichos servicios [léase, la oferta de préstamo participativo] —por ejemplo, verificando y gestionando directamente la calidad de los servicios [léase, de los proyectos]—, más evidente resulta que la plataforma colaborativa puede tener que ser considerada también ella misma como proveedora de los servicios». Cuando las plataformas colaborativas realicen una actividad consistente en un servicio de alojamiento de datos, realizada de manera técnica, automática y pasiva, es decir, la plataforma no desempeña un papel activo que le permita «adquirir conocimiento o control de la información ilícita», entonces la plataforma en línea, como proveedora de servicios intermediarios de la sociedad de la información, está bajo determinadas condiciones exenta de la responsabilidad de la información que almacenan (art. 14 Directiva comercio electrónico). «La posibilidad de que las plataformas colaborativas puedan beneficiarse de dicha exención de responsabilidad debe determinarse caso por caso en función del nivel de conocimiento y control de la plataforma en línea respecto a la información que almacena» («Una Agenda Europea para la economía colaborativa», de 2 de junio de 2016, 7-9). Artículo 14 Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000: «1. Los Estados miembro garantizarán que, cuando se preste un servicio de la sociedad de la información consistente en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio, el prestador de servicios no pueda ser considerado responsable de los datos almacenados a petición del destinatario, a condición de que: a) el prestador de servicios no tenga conocimientos efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimientos de hechos o circunstancias por lo que la actividad o la información revele su carácter ilícito, o de que b) en cuanto tenga conocimiento de estos puntos, el prestador de servicios actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible. 2. El apartado 1 no se aplicará cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios. 3. El presente artículo no afectará la posibilidad de que un tribunal o una autoridad administrativa, de conformidad con los sistemas jurídicos de los Estados miembro, exijan al prestador de servicios poner fin a una infracción o impedir la, ni a la posibilidad de que los Estados miembro establezcan procedimientos por los que se rija la retirada de datos o impida el acceso a ellos».

¹⁹ Artículo 46 LFFE: *1. Son plataformas de financiación participativa las empresas autorizadas cuya actividad consiste en poner en contacto, de manera profesional y a través de páginas web u otros medios electrónicos, a una pluralidad de personas físicas o jurídicas que ofrecen financiación a cambio de un rendimiento dinerario, denominados inversores, con personas físicas o jurídicas que solicitan financiación en nombre propio para destinarlo a un proyecto de financiación participativa, denominados promotores.* 2. No tendrán la consideración de plataformas de financiación participativa las empresas que desarrollen la actividad prevista en el apartado anterior cuando la financiación captada por los promotores sea exclusivamente a través de: a) Donaciones. b) Venta de bienes y servicios. c) Préstamos sin intereses. 3. *El régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa será el previsto en esta Ley y su normativa de desarrollo, sin perjuicio de la restante normativa aplicable a estas empresas y su actividad.* Artículo 55 LFFE: *Serán requisitos para que una entidad obtenga y mantenga su autorización como plataforma de financiación participativa los siguientes: a) Tener por objeto social exclusivo la realización de las actividades que sean propias a las plataformas de financiación participativa, según lo dispuesto en este título y, en su caso, las actividades propias de una entidad de pago híbrida según lo previsto en el artículo 52.3 de esta Ley. b) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional o en otro Estado miembro de la Unión Europea. c) Revestir la forma de sociedad de capital, constituida por tiempo indefinido...». Artículo 53. Autorización. 1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores autorizará e inscribirá en su registro correspondiente a las plataformas de financiación participativa, previo informe preceptivo y vinculante del Banco de España en el caso de plataformas que publiquen proyectos a los que se refiere el artículo 50.1.c) de esta Ley [proyectos instrumentados a través de la solicitud de préstamos]... Artículo 54. Registro. Las plataformas de financiación participativa serán inscritas en el registro correspondiente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Este registro*

será público y deberá contener los datos actualizados de la *denominación social, dirección de dominio de Internet y domicilio social de la plataforma de financiación participativa*, así como la identidad de los administradores y una relación de los socios con participación significativa. *La inscripción se practicará una vez otorgada la preceptiva autorización y tras su constitución e inscripción en el registro público que corresponda según su naturaleza*».

²⁰ Artículo 28 del Código civil: «Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, *reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código. Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los Tratados o leyes especiales*». Artículo 9.11 del Código civil: «La ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción...».

²¹ *Cfr.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 64.

²² Artículo 67 LFFE: 1. El promotor persona jurídica deberá estar válidamente constituido en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea. En el caso de personas físicas, su residencia fiscal deberá estar en España o en otro Estado miembro de la Unión Europea.

²³ Así, señala la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa (PSFP) para empresas, de 8 de marzo de 2018, 4, que «las sustanciales diferencias normativas y las divergencias en el alcance legislativo entre los diferentes Estados miembro suponen una barrera para la expansión de la actividad de las plataformas de financiación participativa a toda la UE, puesto que sus modelos de negocio tendrían que ajustarse a cada jurisdicción y exigirían a menudo una multiplicidad de autorizaciones o inscripciones de alcance nacional y la conformidad con normativas nacionales divergentes, en lo que atañe a la publicidad y la protección de los consumidores entre otros aspectos. Esto resultaría en unos costes elevados y sometería a los proveedores de servicios de financiación participativa a una complejidad e inseguridad jurídicas que causarían una innecesaria fragmentación del mercado, *imposibilitarían economías de escala* y crearían incoherencias en lo tocante a la transparencia y los riesgos financieros. Estas divergencias representan un obstáculo para el establecimiento del mercado interior y su correcto funcionamiento. *Esta situación restringe la capacidad de las plataformas de financiación participativa de implantarse en otros mercados de la UE diferentes de su mercado nacional y limita los incentivos financieros de los proveedores de servicios de financiación participativa únicamente a los países más grandes de la UE, que cuentan con mercados de una magnitud suficiente*. En cambio, restringe la capacidad de desarrollo de un mercado interior de la UE integrado para los servicios de financiación participativa». Y más adelante, en la página 6 indica: «actualmente, los proveedores de servicios de financiación participativa que deseen ofrecer sus servicios en otros Estados miembro pueden hacerlo siempre que obtengan una autorización nacional y cumplan con el régimen de financiación participativa propio de cada Estado miembro. En la práctica, eso supone que un proveedor de servicios de financiación participativa tiene que cumplir al mismo tiempo varios regímenes nacionales y adaptar su modelo de negocio si desea ofrecer servicios transfronterizos».

²⁴ Se trata de una queja formulada por las propias plataformas de microfinanciación colectiva con remuneración financiera (o sea, de micropréstamo colectivo y de microinversión colectiva): *Vid.*, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la UE», 10.

²⁵ Considerando (5) de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los proveedores de servicios de financiación participativa (PSPF) para empresas, mencionada.

²⁶ *Vid.*, nota 4 del documento «Una Agenda Europea para la economía colaborativa», de 2 de junio de 2016. Este documento tiene por finalidad crear un entorno reglamentario que genere confianza en el ciudadano *para su inserción en la economía colaborativa*. Así se señala: «Las orientaciones facilitadas en la presente Comunicación tienen por objeto ayudar a los consumidores, las empresas y las autoridades públicas a participar con confianza en la economía colaborativa. También ayudarán a los Estados miembro a aplicar coherentemente

la legislación de la UE en todo el mercado único. La Comisión examinará continuamente la evolución de la economía colaborativa europea, recogerá datos estadísticos e información y trabajará con los Estados miembro y también con las partes interesadas para intercambiar las mejores prácticas. La Comisión espera establecer un diálogo con el Parlamento Europeo, el Consejo y los Estados miembro para garantizar el mejor entorno posible para los ciudadanos y las empresas en la economía colaborativa» (*Ibidem*, 18).

²⁷ «Los medios de pago registran una evolución permanente, que tiende a intensificarse. La utilización de cheques y dinero en efectivo se ha reducido desde principios de los años noventa del siglo pasado. Al mismo tiempo, se ha acelerado el aumento del número de pagos mediante tarjeta bancaria, domiciliación y transferencia, lo que garantiza una mayor rastreabilidad, control, y seguridad, a la vez que menoscaba la economía informal. Los pagos electrónicos tienen margen para ampliar aún más su ámbito de aplicación, por ejemplo en lo referente a las transferencias de fondos entre particulares y al pago de prestaciones sociales. Nuevos actores surgidos del dinero electrónico se asocian al comercio en línea, mientras que, además de las tarjetas bancarias, también evolucionan y aumentan las nuevas tecnologías, como los pagos sin contacto. Además, hay que prestar especial atención para seguir el desarrollo de los mercados de las criptomonedas (bitcoins y demás)». (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y la clientela», de 26 de abril de 2017, punto 2.5). «La innovación en el sector financiero se está produciendo en Internet, con la banca en línea, los macrodatos (bigdata), la inteligencia artificial, la tecnología de cadena de bloques (blockchain), la ciberseguridad, etc. Los datos se intercambian [en línea, en la nube] a gran velocidad, lo que hace posibles los análisis de riesgos y la toma de decisiones financieras a partir de algoritmos y macrodatos» (*Ibidem*, punto 3.1). «Las empresas FinTech... desempeñan un papel creciente en las actividades de financiación participativa —financiación colectiva (crowdfunding) y P2P— a través de plataformas específicas, y utilizan aplicaciones móviles, monedas virtuales y el pago electrónico por internet y a través de teléfonos inteligentes. Las mayores empresas de Internet y, en particular, los cuatro grandes («GAFA», es decir, Google, Apple, Facebook y Amazon) también están llevando a cabo proyectos relacionados con el sector financiero a raíz del control que ejercen sobre los macrodatos» (*Ibidem*, punto 3.3). «La realidad de una mayor deslocalización de las actividades financieras dentro de la UE y fuera de Europa, a países con bajos costes salariales y baja protección social, es ya patente» (*Ibidem*, punto 6.9).

²⁸ Exposición de Motivos, 3, de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa (PSFP) para empresas, de 8 de marzo de 2018. «Las tecnofinanzas (*Fin Tech*) y los tecnoseguros (*Insur Tech*) actúan como catalizadores y son frecuentemente los socios de las instituciones financieras en la modernización de sus servicios... No cabe duda de que es necesario restablecer la confianza y la estabilidad en el sector financiero, a la vez que resulta crucial gestionar la transición desde el antiguo sistema (el sistema bancario tradicional) al nuevo. A este respecto, el CESE [Comité Económico y Social Europeo] solicita la puesta en marcha de una legislación adecuada en el marco de un proceso integrador de la Unión Bancaria y el mercado único digital en la UE...». (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y la clientela», de 26 de abril de 2017, punto 1.2 y 1.3).

²⁹ En el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y la clientela», de 26 de abril de 2017, se señala: «Se debe mejorar el crowdfunding (financiación colectiva) y las demás soluciones de economía colaborativa analizando la posibilidad de crear un «distintivo de calidad» para establecer una relación de confianza con los usuarios que permita desarrollar mejor las comunidades virtuales y facilite la interacción entre los clientes cooperativos». «...Para beneficiarse de una de las principales ventajas que pueden reportar las tecnofinanzas (*FinTech*) como promotoras de la inclusión [¿o exclusión?] financiera, los Estados miembro de la UE han de reforzar la educación financiera y la alfabetización digital en previsión de nuevas realidades. Todo ello ha de comenzar ya en la escuela, donde se debería incorporar información sobre los productos financieros atendiendo

a su presentación en línea y su relación con el desarrollo del Internet de los Objetos» (sic) (punto 1.4.6 y 1.6). La exclusión financiera se señala como un riesgo para el consumidor, en este nuevo panorama, en el punto 4.4, al decir «una hipotética discriminación o exclusión injustificada vinculada al uso de macrodatos y la falta de competencias digitales».

³⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y para la clientela» de 26 de abril de 2017. Glosario de términos. Disrupción). Dicho nuevo modelo organizativo y cultural afecta incluso a los estudios y profesiones que se consideran en alza, relacionadas con las ciencias, tecnología, ingeniería y matemáticas o STEM, acrónimo en inglés de dichos estudios. *Ibidem*. Glosario de términos. STEM).

³¹ También se excluye de su ámbito de aplicación el micromecenazgo colectivo, es decir, el *crowdfunding* basado en donaciones, puesto que no son servicios financieros (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 52).

³² *Ibidem*, 4. De hecho, el considerando (34) de la Propuesta de Reglamento prevé que «con objeto de evitar cargas administrativas y costes innecesarios en la prestación transfronteriza de servicios de financiación participativa, las comunicaciones publicitarias no deben estar sujetas a requisitos de traducción cuando se faciliten en una lengua habitual en el ámbito de las finanzas».

³³ De acuerdo con el artículo 10.9 de la Propuesta de Reglamento, «los Estados miembro no exigirán a los proveedores de servicios de financiación participativa presencia física en el territorio de un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos, a fin de ofrecer servicios de financiación participativa con carácter transfronterizo».

³⁴ Aunque EEUU es considerado la cuna del *crowdfunding* inmobiliario, actualmente es el segundo mercado tras China, colocándose Gran Bretaña en tercer lugar (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 62).

³⁵ *Cfr.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 79-80.

³⁶ En el documento «Una Agenda para la economía colaborativa» de 2 de junio de 2016 se señala, que la economía colaborativa está creciendo rápidamente y ganando cuotas de mercado importantes en algunos sectores. «Se estima que las plataformas colaborativas que operan en cinco sectores clave de la economía colaborativa generaron unos ingresos de 3.600 millones de euros en 2015 en la UE, alojamiento (alquiler a corto plazo); transporte de personas; servicios para la vivienda; servicios profesionales y técnicos y *financiación colaborativa*» (nota 1). «El crecimiento ha sido fuerte desde 2013 y se aceleró en 2015, cuando las grandes plataformas invirtieron considerablemente en la expansión de sus operaciones europeas... Existe, por lo tanto, un gran potencial para que nuevas empresas conquisten estos mercados en rápida expansión» (*Ibidem*, 2). Probablemente las grandes empresas *Fin Tech* no sean más que filiales de los grandes grupos bancarios que operarían a escala internacional. Hay que tener en cuenta, además, la concentración de entidades financieras que se está produciendo a nivel nacional, y por otro lado lo que señala el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y la clientela», de 26 de abril de 2017, según el cual «en un plano interno, se debería permitir a los trabajadores asumir nuevas tareas y proponer una solución de continuidad entre los trabajadores actuales de las «instituciones financieras tradicionales» y las empresas *Fin Tech* e *Insur Tech* y, en un plano externo, preparar a los trabajadores que no puedan permanecer en ese sector para que se incorporen a otros ámbitos laborales» (punto 1.7). Y más adelante indica: «el sector bancario y de seguros en Europa es diverso y se caracteriza por la existencia de grandes entidades de dimensión europea, incluso mundial, y estructuras regionales o locales con diverso grado de independencia, y con algunas peculiaridades nacionales. A pesar de que en la mayoría de Estados miembro se encuentra en fase de concentración, todavía sigue fragmentado a escala europea. Las antiguas líneas divisorias entre los grupos bancarios y las grandes compañías de seguros han desaparecido prácticamente en su totalidad como resultado de la creación de conglomerados financieros *de facto*» (punto 2.1). Las empresas *FinTech* «compiten con los modelos de negocio tradicionales de la banca y los seguros, pero tanto los bancos como las compañías de seguros están comenzando a coexistir con ellos. Algunos han iniciado un proceso de cooperación con las tecnofinanzas y los tecnoseguros, y otros tienen sus propias estructuras filiales»

(*Ibidem*, punto 3.6). Es interesante señalar también que en palabras de la Comisión europea «la microfinanciación colectiva es una actividad que se ejerce en el mundo entero y otros países, como los Estados Unidos, también han comenzado a regularla, la Comisión seguirá muy de cerca la evolución internacional y apoyará los esfuerzos encaminados a *fomentar la convergencia de los planteamientos reguladores a nivel internacional*» (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Liberar el potencial de la microfinanciación colectiva en la UE», de 27 de marzo de 2014, 14).

³⁷ «Londres es la capital británica considerada el *«hub [centro financiero] mundial del FinTech»* (SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 58).

³⁸ De hecho, en el Anexo de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los proveedores europeos de servicios de financiación participativa (PSFP) para empresas, de 8 de marzo de 2018, se señala que en la Información que debe facilitarse en la ficha de información esencial en materia de inversión, deberán indicarse entre los factores de riesgo, *los riesgos geográficos*. Así se indica: «Parte C. Factores de riesgo. Presentación de los principales riesgos asociados con la financiación del proyecto de financiación participativa, el sector, el proyecto, el promotor del proyecto y el instrumento de inversión, *incluidos los riesgos geográficos*, cuando proceda». Luego otro riesgo geográfico se deriva también del lugar en que el promotor vaya a desarrollar su proyecto (lo que comentaremos más extensamente en relación con el *crowdfunding inmobiliario en el epígrafe V*) pues los servicios de financiación participativa podrán dirigirse a *empresas promotoras europeas y personas físicas, empresarios individuales, residentes en la UE e incluso a promotores e inversores internacionales (de terceros estados)*, que podrían desarrollar el proyecto para el que solicitan financiación fuera del territorio de la UE.

³⁹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 77-78 y 85-86.

⁴⁰ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 88-89.

⁴¹ SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 89-90.

⁴² SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 94.

⁴³ *Cfr.*, SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, 2018, 111 y 119.

⁴⁴ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 26-29. De acuerdo con el artículo 10.1 Código civil «la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen» y según el artículo 10.5.2.º... «a falta de sometimiento expreso, se aplicará a los contratos relativos a bienes inmuebles la ley del lugar donde estén sitios».

⁴⁵ MORENO SERRANO, 2017, 129. SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 26-29.

2. DERECHO MERCANTIL
DERECHO DE CONTRATOS

Irretroactividad y Actos Jurídicos Documentados
en el Real Decreto-ley 17/2018

*Non retroactivity and stamp duties in the
Spanish Royal Decree-law núm. 17/2018*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: Irretroactividad de la regulación del pago del impuesto de actos jurídicos documentados en el Real Decreto-ley 17/2018.

ABSTRACT: *Non retroactivity of the stamp duties regulation in the Spanish Royal Decree Law núm. 17/2018.*

PALABRAS CLAVE: Irretroactividad. Impuesto de actos jurídicos documentados.

KEY WORDS: *Non retroactivity. Stamp duties in the Spanish Royal Decree Law n.º 17/2018.*

SUMARIO: I. EFICACIA TEMPORAL DEL REAL DECRETO-LEY 17/2018, DE 8 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL TRLITP-AJD. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER UNA RETROACTIVIDAD TÁCITA.—II. BIBLIOGRAFÍA.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. EFICACIA TEMPORAL DEL REAL DECRETO-LEY 17/2018, DE 8 DE NOVIEMBRE, POR EL QUE SE MODIFICA EL TRLITP-AJD. IMPOSIBILIDAD DE RECONOCER UNA RETROACTIVIDAD TÁCITA

La cuestión que se nos plantea acerca de la retroactividad tácita o no del Real Decreto-ley 17/2018 que modifica el sujeto pasivo del AJD para que la consideración del mismo recaiga en la entidad prestamista ha sido resuelta favorablemente por la sentencia núm. 942 de 12 de noviembre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 bis de Málaga.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre trans-

misiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, prevé lo siguiente:

«El Reglamento del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, disponía en el número 2 de su artículo 68 que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados, en su modalidad de documentos notariales, era el prestatario, cuando se tratase de escrituras de constitución de préstamo con garantía.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sus sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de octubre, y 1531/2018, de 23 de octubre, ha anulado el número 2 del artículo 68 del citado reglamento. Los efectos anulatorios de esta sentencia han provocado una situación de incertidumbre, que ha dado lugar a una reducción sustancial de actos de formalización de préstamos con garantía hipotecaria.

Con posterioridad, el 6 de noviembre de 2018, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha acordado volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto.

Esta sucesión de acontecimientos ha generado una situación de inseguridad jurídica, que afecta al mercado hipotecario en su conjunto, y que es preciso abordar con carácter inmediato.

(...)

Se modifica el artículo 29 para determinar que el sujeto pasivo, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista, estableciendo así una excepción a la regla general establecida en el párrafo primero del propio artículo 29».

Ante la redacción de la referida Exposición de Motivos, la sentencia núm. 942 de 12 de noviembre de 2018 del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 bis de Málaga, razona lo siguiente para concluir con la aplicación del Real Decreto-ley 17/2018 a situaciones anteriores a su entrada en vigor, en virtud de:

i) La existencia de una retroactividad tácita del RDL 17/2018:

«Llegados a este punto, para este Juzgador no cabe duda que en la presente controversia, el impuesto de actos jurídicos documentados debe recaer su pago en la entidad prestamista, porque la disposición del gobierno que se acaba de dictar resuelve una laguna interpretativa y por tanto, y en cuanto tal, es tácitamente retroactiva, máxime cuando hablamos en nuestro campo de Derecho Civil, más concretamente de Derecho de Consumidores y cuando estamos ante un carácter tuitivo de tal rama jurídica, y cuando además el retorno o devolución del pago del impuesto en caso de nulidad, es consecuencia misma y directa de la nulidad decretada en esta sentencia.

Procedamos por tanto a exponer más detalladamente lo que se acaba de adelantar; a saber:

1. Debe precisarse que con carácter general las normas son irretroactivas salvo que se diga en las mismas lo contrario, pero no es menos cierto que por una interpretación a contrario sensu del artículo 9.3 de la Constitución, las normas favorables, que no restrictivas de derechos individuales, pueden ser retroactivas, retroactividad que puede ser expresa o tácita, cuestión en la que incidiremos más adelante. Pues bien es el propio Tribunal Supremo el que reconoce esta idea. Efecti-

vamente el Tribunal Supremo en sentencia núm. 220/12, ya se pronunció sobre esta cuestión en el sentido de que “la doctrina jurisprudencial contenida entre otras en STS de 3 de junio de 1995 y 24 de noviembre de 2006, sienta como regla a seguir la de la irretroactividad de las normas, afirmando que el artículo 2.3 del Código civil establece el principio de irretroactividad de las leyes si no dispusieren lo contrario, inspirándose nuestro ordenamiento jurídico positivo en el principio ‘tempus regit actum’ o de irretroactividad, en cuya virtud cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación, sin que venga permitido alterarla por preceptos posteriores a menos que ofrezca inequívoco carácter retroactivo, todo ello en observancia al principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española), al criterio de confianza y certeza sobre el ordenamiento jurídico vigente, lo que implica el respeto a los derechos adquiridos y a las situaciones jurídicas beneficiosas o más favorables —TS 1.ª sentencias de 6 de abril de 1993, 25 de mayo de 1995, 3 de noviembre de 1997 y 19 de octubre de 1999, entre otras muchas—. No obstante lo anterior, no es menos cierto que a raíz de ciertas instituciones jurídicas —como en materia de sociedades anónimas et aliae— el Tribunal Supremo ha venido admitiendo la llamada retroactividad tácita —TS 1.ª sentencias de 7 de julio de 1987, 16 de junio de 1993 y 29 de septiembre de 1997—. Pero debemos preguntarnos ¿cuándo podemos hablar de retroactividad tácita, y entendemos que procede —siguiendo al propio Tribunal Supremo— cuando estemos ante “las normas interpretativas, las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, las que suplan lagunas, las procesales, y, en general, las que pretendan eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo —TS 1.ª sentencias de 5 de julio de 1986 y 9 de abril de 1992—, que aunque se refiere a materia de sociedades y responsabilidad de los administradores, lo importante es que hacen hincapié en la idea de ‘penalidad o sanción’ —TS 1.ª sentencias de 15 de julio de 1997, 29 de abril, 12 de noviembre y 22 de diciembre de 1999, 30 de octubre y 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 18 de julio de 2002 y 26 de abril de 2005, 9 de enero de 2006 entre otras muchas—, —véase a tal efecto la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección VI, de 3 de junio de 2013— 2.- Como puede fácilmente comprenderse y así se entiende por este juzgador a efectos prejudiciales para resolver la presente quaestio facti y quaestio iuris objeto de autos, en el presente caso con la nueva norma del gobierno dictada asistimos a una norma interpretativa porque además resuelve, al menos a efectos civiles, una importante duda interpretativa como han sido los actuales acontecimientos, y por tanto tácitamente retroactiva”».

[El énfasis es nuestro]

La Ley General Tributaria, en su artículo 10, dedicado al «Ámbito temporal de las normas tributarias», sí incluye una disposición en este sentido, con el siguiente tenor (art. 10, apartado 2, párrafo 1.º):

«2. Salvo que se disponga lo contrario, las normas tributarias no tendrán efecto retroactivo y se aplicarán a los tributos sin periodo impositivo devengados a partir de su entrada en vigor y a los demás tributos cuyo periodo impositivo se inicie desde ese momento».

DE CASTRO¹ establece las siguientes categorías de normas retroactivas por la naturaleza de las mismas: a) las disposiciones *interpretativas*; b) las disposiciones *complementarias o ejecutivas*; c) las leyes y disposiciones de estricto carácter *procesal*; d) las disposiciones de carácter *prohibitivo, derogatorio, urgente y*

persecutorio de anteriores fraudes; y e) las disposiciones que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme.

Es decir, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 bis de Málaga hace descansar su Fallo sobre la consideración de que el RDL goza de la naturaleza de una norma interpretativa del legislador y por tanto ha de ser aplicable retroactivamente con carácter tácito.

Como habíamos expuesto antes, la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-ley se refiere como causa de su aprobación a la inseguridad jurídica. Dado que este RDL 17/2018 ha sido tramitado como Proyecto de Ley para su convalidación, destaca sobre el particular la intervención de la ministra de Hacienda (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 22 de noviembre de 2018) con el siguiente tenor:

«Por ello, señorías, como le interesa fundamentalmente al prestamista, porque a través de este documento es como se establecen las condiciones para que se pueda devolver el dinero que previamente se ha prestado, es por lo que entendemos que la principal interesada en esta operación es la entidad financiera, y por tanto es quien tiene que hacer frente a este impuesto.

Señorías, el Real Decreto-ley no establece más cambio que este, que no por concreto es menos importante para la seguridad jurídica de todas las partes a partir de ahora (...)

Sí me gustaría aclararles, señorías, aunque no se recoge en el Real Decreto-ley, pero ha sido objeto de discusión política o de opinión por parte de los grupos parlamentarios, ya que es una inquietud de una parte de este Pleno, que no fue posible establecer en el Real Decreto-ley la retroactividad de la norma, porque como ustedes bien saben el Código civil fija con carácter general que las normas no tienen efecto retroactivo, porque implicaría hacer frente a situaciones jurídicas ya pasadas que se regían por una norma entonces vigente, y eso afectaría al principio de seguridad jurídica que se recoge en la Constitución, en el artículo 9.3. Muy especialmente no se les escapa que la retroactividad en las leyes, que se aplica con carácter excepcional, no es posible hacerlo en este caso. Justamente en materia fiscal las sentencias del Tribunal Constitucional son especialmente claras: que no se puede aplicar esta retroactividad cuando hay un tercero obligado al pago o cuando hay un tercero que tiene que hacer frente, de forma retroactiva, al pago con el conjunto de la Administración pública, que es la que tiene que exigir ese impuesto. Por tanto, señorías, no siendo posible la aplicación de la retroactividad, el cambio legal solo puede tener efecto una vez que se publique en el Boletín Oficial del Estado».

MACHO PÉREZ², razona con acierto que «El fundamento de esta regla general de retroactividad de las disposiciones interpretativas o aclaratorias se encuentra en su carácter meramente *declarativo* del significado de una norma anterior, y no innovador («*is qui declarat nihil novi dat*»)³. De ahí que se afirme que la norma interpretativa queda *incorporada* a la norma interpretada, formando ambas una *unidad*; de forma que el inicio de aplicabilidad de la primera debe hacerse en todo caso coincidir con el inicio de aplicabilidad de la norma interpretada. Por carecer de efectos innovadores o constitutivos, esta retroacción de la aplicabilidad de la disposición interpretativa se ha calificado como «retroactividad aparente». En la actualidad, en cambio, se mantiene simplemente que este efecto retroactivo es “natural”, consustancial al carácter o naturaleza de la disposición interpretativa».

El propio TJUE ha afirmado que las disposiciones interpretativas pueden aplicarse retroactivamente, si no modifican la «sustancia» del texto anterior (Vid. STJCE de 29 de enero de 1985, asunto *Gesamthochschule Duisburg*, apartado 21).

No solo la cita de la anterior interpretación auténtica de la irretroactividad a la que alude la Sra. Ministra de Hacienda en su intervención citada resulta meritorio citar, sino también la idea que subyace en el razonamiento del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo núm. 1669/2018 de 27 de noviembre de 2018, tras la interpretación de la norma tributaria, diciendo que era el sujeto pasivo el prestatario, al razonar lo siguiente:

«Porque nuestra sentencia va a hacer decir al Texto Refundido lo que este decía desde un principio, sin que pueda entenderse que las tres sentencias firmes de las que ahora nos apartamos, hayan alterado esas normas legales, o puedan imponerse para el futuro frente a lo que, correctamente entendidas, las mismas dicen».

De nuevo colacionamos la Exposición de Motivos del RDL 17/2018:

«Se modifica el artículo 29 para determinar que el sujeto pasivo, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista, estableciendo así una excepción⁴ a la regla general establecida en el párrafo primero del propio artículo 29».

Por tanto, si el Legislador afirma la irretroactividad de la norma *modificándola* y estableciendo una *excepción*, si el Pleno del Tribunal Supremo razona que la sentencia lo que hace es afirmar lo que decía la norma tributaria (sujeto pasivo, el prestatario) y la nueva versión del artículo 29 del RDL 17/2018 recoge expresamente *cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista*, el cambio legislativo supone pues y en nuestra opinión no un mera aclaración del significado de una norma anterior, sino una rectificación (excepción) del sujeto pasivo del AJD en los casos de préstamo con garantía hipotecaria, de ahí, que no nos encontremos en el caso del RDL 17/2018 ante una norma interpretativa que coexista con la norma anterior, sino que se produce una verdadera modificación (excepción) de la norma anterior, lo que ha de conllevar que no se pueda predicar la retroactividad tácita de la misma.

ii) La inexistencia de disposiciones de Derecho Transitorio en el RDL 17/2018:

Sin dejar de apreciar el considerable esfuerzo que se realiza en la sentencia de instancia analizada para aplicar retroactivamente el RDL 17/2018, no podemos por menos que no coincidir con la misma, cuando se afirma la inexistencia de disposiciones transitorias en el RDL 17/2018, al razonar lo siguiente:

«Debe precisarse que en el Decreto-ley no hay disposiciones del llamado “Derecho Transitorio” y si bien es cierto que el inicio del único artículo dice que la reforma se aplica “a los hechos imponderables devengados a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley”, ello no quiere decir que sea a modo de dogma irretroactivo, y no lo dice, entiende este juzgador, por la concurrencia de los siguientes factores: a) cuando el legislador enuncia una proposición normativa puede hacerlo en vía positiva o en vía negativa y ello es lo que se ha dado en llamar “supuesto de hecho”, y a partir de aquí fija una consecuencia jurídica; b) partiendo de lo expuesto en la letra inmediatamente anterior, lo cierto es que el legislador dice lo que dice porque no se puede enunciar de otro modo, ya que en las escrituras públicas otorgadas antes de la norma, y como quiera que el pago del impuesto en la praxis entra dentro

de la llamada provisión de fondos, lo cierto es que ya se ha devengado el impuesto y se ha pagado; dicho de otro modo, en dicho aspecto, se ha agotado o consumado; c) tampoco dice nada aseverativo de interpretación porque no es su función, la interpretación va dirigida al aplicador del Derecho que debe buscar la llamada voluntas o mens legis que no la voluntas legislatoris, por la sencilla razón de que una vez que la norma entra dentro del ordenamiento jurídico tiene vida propia y se desgaja de su emisor».

[El énfasis es nuestro]

Hemos de recordar a estos efectos que DE CASTRO⁵ cuando analizó el concepto de las normas de transición razonó lo siguiente: «El Derecho transitorio puede adoptar dos formas, el de las disposiciones especiales, que se adjuntan a cada nueva ley, para acomodar su aplicación a las circunstancias creadas por la legislación antes vigente, delimitando así su eficacia; son las específicamente llamadas *disposiciones transitorias*. El descuido o la desgana del legislador hace que, muchas veces, estas disposiciones no se dicten o sean incompletas; para suplir o prevenir tal falta se encuentran en la legislación reglas amplísimas que fijan el criterio del ordenamiento jurídico respecto al valor concedido, en general, a las situaciones que nacieron al amparo de una ley derogada (reglas sobre la retroactividad). El criterio legislativo, deducible de estas últimas reglas y del significado de las nuevas reglas materiales respecto a las antiguas, es lo que se ha llamado específicamente *Derecho transitorio*».

Desde otro punto de vista, apuntando las relaciones entre el Derecho transitorio y la regla de la irretroactividad normativa, HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS⁶ observa agudamente lo siguiente: «cuando se habla de la retroactividad e irretroactividad de una norma se parte de la certeza de la norma, que será la norma vigente al tiempo de cuestionarse sobre su aplicación; cuando se acude al derecho transitorio se parte de la certeza de la situación pero de la incertidumbre de cuál sea el derecho aplicable, que es lo que las disposiciones transitorias (contenidas eso sí, en el derecho vigente al tiempo del acto de aplicación normativa) determinan. De ahí, la precisa redacción del párrafo segundo del encabezamiento de las disposiciones transitorias del Código civil, que introduce el conjunto de reglas “para aplicar la legislación que corresponda”».

En cuanto al valor de las disposiciones transitorias del Código civil, señalamos a título de ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 4595), que razona que:

«Por otra parte y a mayor abundamiento pueden servir de criterio interpretativo las disposiciones transitorias del Código civil ya que si bien siendo centenarias su aplicación es mínima, pueden aplicarse analógicamente a disposiciones, como la discutida, que no resuelva expresamente el tema de la retroactividad».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) de 29 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 3783), en términos análogos establece que:

«Esta la encontramos en las disposiciones transitorias del Código civil, cuyo fin inmediato fue solucionar las cuestiones concretas originadas por las innovaciones con que el nuevo Código modificaba el antiguo Derecho, pero de forma mediata sirve para desentrañar la “mens legislatoris” al redactar el artículo 3 del Código civil, cuyo precepto se ha recogido íntegramente, según hemos indicado, por

el artículo 2.3 vigente, y así descubrir el auténtico significado inmanente de la norma o “*mens legis*”, de manera que las disposiciones transitorias del Código civil representan la aplicación del principio de irretroactividad, tal y como lo entendió el legislador, moderándolo y graduándolo en una serie de reglas y casos particulares, que posibilita, cuando una ley no contenga disposición expresa y su finalidad no señale claramente el alcance de sus preceptos, *acudir a ellas para aplicarlas como aconseje la analogía de las situaciones, razón por la que estas disposiciones transitorias han sido consideradas desde la doctrina más tradicional hasta la más reciente como reglas interpretativas y complementarias del mandato contenido en el enunciado, que establece que “las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”, recogido antes por el artículo 3 del Código civil y ahora en el artículo 2.3 del mismo*».

Llegados a este punto, el RDL 17/2018 establece sobre el particular que:

«Se introducen las siguientes modificaciones en el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, aplicándose a los hechos imponibles devengados a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-ley».

Es decir, no podemos compartir el razonamiento de la sentencia de instancia analizada. En nuestra opinión, sí que existe una regla de irretroactividad contenida en el propio RDL 17/2018, que como hemos visto, también forma parte del propio Derecho Transitorio y que nos ofrece la finalidad de la norma jurídica en cuanto a su aplicación temporal, por lo que no estimamos que a los efectos ahora analizados sea necesario acudir a las disposiciones transitorias del Código civil, las cuales se aplican solo en caso de falta expresa de regla transitoria en la nueva norma. Como se observa, de la lectura del RDL 17/2018 no solo tenemos certeza en la aplicación de la misma a partir de su entrada en vigor, al no existir una retroactividad reconocida en el texto del mismo (*ex. art. 2. CC y 9 CE*) sino por contar igualmente una delimitación temporal de su ámbito de aplicación a través de la regla de transitoriedad, o sea, por constar determinado el derecho aplicable a los hechos imponibles devengados tras su entrada en vigor.

iii) El tipo de gravamen como penalidad civil y la aplicación de la disposición transitoria tercera del Código civil:

«lo cierto es que el pago de un impuesto y su exigibilidad como efecto de nulidad —el repercutirlo al consumidor cuando ni siquiera estaba claro— es un “gravamen” o “penalidad civil” por así decirlo, luego en consecuencia y además acudiendo a la disposición transitoria tercera del Código civil que dispone expresamente que “las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando estas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código”, especificando en su inciso segundo que “cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna”.

El sentido de esta disposición transitoria tercera del Código civil ha sido también analizado por HERNÁNDEZ-GIL ÁLVAREZ CIENFUEGOS⁷ quien observa lo

siguiente: «La disposición de esta regla transitoria se asentaba sobre conceptos de “penalidad civil”, paradigmáticamente referida en otro tiempo a la interdicción civil como «sanción» relativa al estado civil; o a la privación de derechos, también excluida de nuestro ordenamiento en su significado sancionatorio (...) No obstante ni siquiera haría falta invocar el principio amplificador o generalizante de la disposición transitoria decimotercera para extender el ámbito de unos conceptos que han quedado sobrepasados en la propia evolución del derecho y hacerlo coincidir con el de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales de que habla del artículo 9.3 CE».

Pues bien, hemos de tener presente que: «no existe una prohibición constitucional de la legislación tributaria retroactiva que pueda hacerse derivar del principio de irretroactividad tal como está consagrado en el artículo 9.3 CE». Como recoge MACHO PÉREZ (*Vid. op. cit.*), esta es una afirmación constante de nuestro Tribunal Constitucional (STC 27/1981, FJ 10; STC 6/1983, FJ 3; STC 126/1987, FJ 9; STC 150/1990, FJ 8; STC 173/1996, FJ 3; STC 182/1997, FJ 11).

Como acertadamente razona MACHO PÉREZ⁸, el Tribunal Constitucional ha entendido lo anterior con base, «en primer lugar, a un argumento de *interpretación histórica*, basado en la tramitación del artículo 9.3 CE: la inclusión de las normas fiscales en el principio de irretroactividad, inicialmente prevista en el Anteproyecto de Constitución, se eliminó en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales, por estimarse que la causa de la prohibición de la retroactividad ha de buscarse en todo caso en el *carácter sancionador o restrictivo de las leyes*, no en el objeto específico de las normas; y que la irretroactividad absoluta de las leyes fiscales podría *hacer totalmente inviable una verdadera reforma fiscal* (STC 126/1987, FJ 9, y STC 197/1992).

En segundo lugar, la exclusión de las normas tributarias, «con carácter general», del principio de irretroactividad expresamente recogido en el artículo 9.3 CE, se argumenta considerando que tales normas no tienen por objeto una restricción de derechos individuales, sino que cuentan con un fundamento autónomo en el deber de contribuir impuesto por el artículo 31.1 CE (STC 126/1987, FJ 9).

Todo ello ha llevado a afirmar que «*las normas tributarias no se hallan limitadas en cuanto tales por la prohibición de retroactividad establecida en el artículo 9.3 CE, en tanto que no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales*» (STC 173/1996, de 31 de octubre), con independencia de que tengan o no una finalidad extrafiscal».

Es decir, el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de delimitar que las normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales y por tanto aunque no se hallan limitadas por el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE, no podemos ubicar a las normas tributarias en el ámbito de aplicación de la disposición transitoria tercera del Código civil, que se refiere solo a esas normas sancionadoras o restrictivas de derechos.

Por otro lado, el Tribunal Supremo en su sentencia 47/2019 de 23 de enero de 2019 nuestro Alto Tribunal se pronuncia sobre la inexistencia de retroactividad alguna en relación con Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados, razonar expresamente lo siguiente:

5. Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo, cuando dijimos:

«En lo que afecta al pago del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados habrá que estar a las siguientes reglas:

»a) *Respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.*

»b) En lo que respecta al pago del impuesto de actos jurídicos documentados, en cuanto al derecho de cuota variable en función de la cuantía del acto o negocio jurídico que se documenta, será sujeto pasivo el prestatario.

»c) En cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas, habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas. Respecto de la matriz, corresponde el abono del impuesto al prestatario, salvo en aquellos casos en que exista un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales, en los que también se distribuirá el pago del impuesto por la matriz. Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite.

»d) Las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase están exentas en cuanto al gravamen gradual de la modalidad “Actos Jurídicos Documentados” que grava los documentos notariales».

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018.

Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

A nuestro juicio, acertada la conclusión final y acertada en su razonamiento es lo que podemos decir sobre la afirmación de irretroactividad del RDL 17/2018 que efectúa el Tribunal Supremo, ya que sí es cierto que en el propio texto sí que encontramos regla de irretroactividad.

Finalmente, el texto aprobado definitivamente por el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario el día 7 de marzo de 2019 (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 12-8, de 7 de marzo de 2019 cve: BOCG-12-A-12-8), establece en su artículo 14 lo siguiente:

iv) El pago del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados se realizará de conformidad con lo establecido en la normativa tributaria aplicable.

Es decir, se produce una remisión a lo dispuesto en la legislación tributaria por lo que los argumentos expuestos con anterioridad no se ven afectados por la publicación y entrada en vigor de la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

En conclusión y como hemos dicho si el Legislador afirma la irretroactividad de la norma modificándola y estableciendo una excepción, si el Pleno del Tribunal Supremo razona que la sentencia lo que hace es decir lo que decía la

norma tributaria (sujeto pasivo, el prestatario) y la nueva versión del artículo 29 del RDL 17/2018 recoge expresamente cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista, el cambio legislativo supone pues y en nuestra opinión no un mera aclaración del significado de una norma anterior, sino una rectificación (excepción) del sujeto pasivo del AJD en los casos de préstamo con garantía hipotecaria, de ahí, que no nos encontremos en el caso del RDL 17/2018 ante una norma interpretativa que coexista con la norma anterior, sino que se produce una verdadera modificación (excepción) de la norma anterior; lo que ha de conllevar que no se pueda predicar la retroactividad tácita de la misma.

En nuestra opinión, sí que existe una regla de irretroactividad contenida en el propio RDL 17/2018, que como hemos visto, también forma parte del propio Derecho Transitorio y que nos ofrece la finalidad de la norma jurídica en cuanto a su aplicación temporal, por lo que no estimamos que a los efectos ahora analizados sea necesario acudir a las disposiciones transitorias del Código civil, las cuales se aplican solo en caso de falta expresa de regla transitoria en la nueva norma. Como se observa, de la lectura del RDL 17/2018 no solo tenemos certeza en la aplicación de la misma a partir de su entrada en vigor, al no existir una retroactividad reconocida en el texto del mismo (*ex. art. 2. CC y 9 CE*) sino por contar igualmente una delimitación temporal de su ámbito de aplicación a través de la regla de transitoriedad, o sea, por constar determinado el derecho aplicable a los hechos imposables devengados tras su entrada en vigor.

Es el propio Tribunal Constitucional quien se ha encargado de delimitar que las normas tributarias no son normas sancionadoras o restrictivas de derechos individuales y por tanto aunque no se hallan limitadas por el principio de irretroactividad del artículo 9.3 CE, no podemos ubicar a las normas tributarias en el ámbito de aplicación de la disposición transitoria tercera del Código civil, que se refiere solo a esas normas sancionadoras o restrictivas de derechos.

II. BIBLIOGRAFÍA

- DE CASTRO. *Derecho Civil de España*, Civitas, 1985.
HERNÁNDEZ GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS. *Comentarios del Código civil*. Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II.
MACHO PÉREZ. *El principio de irretroactividad en el Derecho Tributario*. Facultad de Derecho Pompeu Fabra, 2005 (tesis doctoral).

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de enero de 1985.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 1669/2018 de 27 de noviembre de 2018.
- Sentencia del Tribunal Supremo núm. 47/2019 de 23 de enero de 2019.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1995.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1999.
- Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 18 bis de Málaga, núm. 942 de 12 de noviembre de 2018.

NOTAS

¹ DE CASTRO. *Derecho Civil de España*, Civitas, 1985, 632. Conviene precisar que DE CASTRO, cuando se refiere a las disposiciones interpretativas y la retroactividad de las mismas, dice lo siguiente: «que se consideran vigentes desde la misma fecha que la ley interpretada por ella».

² MACHO PÉREZ. *El principio de irretroactividad en el Derecho Tributario*. Facultad de Derecho Pompeu Fabra, 2005 (tesis doctoral), 203 y siguientes.

³ Ello concuerda con el origen del carácter retroactivo de las disposiciones interpretativas. En esta forma, DE CASTRO (*Derecho Civil...*, 633 y 634) se refiere sobre ello diciendo lo siguiente: «Justiniando encontré, además, un nuevo medio de aplicar retroactivamente las nuevas disposiciones, evitando todo escándalo, con el sistema de leyes interpretativas; no era necesario derogar la antigua Ley ni que la nueva apareciese regulando los hechos antiguos, bastaba con que la nueva ley interpretase la vieja ley, dándole un nuevo sentido». Novela 19 del año 536 d.C: «*novum ius non dat datum significat*».

⁴ Según el Diccionario de la RAE, «*excepción*» es: «*Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie*».

⁵ DE CASTRO. *Derecho Civil de España*, Civitas, 1985, 632.

⁶ HERNÁNDEZ GIL ÁLVAREZ-CIENFUEGOS. *Comentarios del Código civil*. Ministerio de Justicia, 1991, Vol. II, 2186.

⁷ *Vid. op. cit.* 2200.

⁸ MACHO PÉREZ. *El principio de irretroactividad en el Derecho Tributario*. Facultad de Derecho Pompeu Fabra, 2005 (tesis doctoral), 368 y 369.

3. URBANISMO

La georreferenciación de edificaciones y de fincas resultantes de una reparcelación

Georeferencing of buildings and new parcels of plot-redivision projects

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: Se analizan en este comentario los requisitos de georreferenciación de fincas y de edificaciones en relación con los expedientes de reparcelación partiendo de la novedosa regulación contenida en la Ley 13/2015.

ABSTRACT: *This comment analyzes the georeferencing requirements of plots and buildings in relation to plot-redivision files on the basis of the regulation contained in the 13/2015 Act.*

PALABRAS CLAVE: Georreferenciación. Identificación de fincas. Coordinación. Catastro. Registro de la Propiedad. Reparcelación. Edificación. Obra nueva.

KEY WORDS: *Georeferencing. Geocoding. Identification of estates. Coordination. Cadastre. Property Registry. Plot-redivision. Building.*

Resolución de 19 de octubre de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES INICIALES: LA LEY 13/2015. 2. LA GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS EN LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN. 3. LA GEORREFERENCIACIÓN DE LAS EDIFICACIONES: A) *Normativa aplicable.* B) *Tratamiento de las edificaciones en el Proyecto de Reparcelación.* C) *Finalidad.* D) *Edificaciones que han de quedar georreferenciadas.* E) *Derecho transitorio.* F) *Aspectos formales.* G) *Las posibles dudas de identidad para inscribir representaciones gráficas.*

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

En un Proyecto de Reparcelación inscrito en el Registro de la Propiedad se produce una anomalía consistente en que en una de las fincas de origen existía

una edificación que ya figuraba inscrita mediante la oportuna declaración de obra nueva sin que se haya dejado constancia de dicha edificación en la inscripción de ninguna de las fincas de resultado adjudicadas al aportante en correspondencia con las primeras sino en la de otra finca de resultado adjudicada a otro propietario y en cuyo suelo no existe en la realidad extrarregistral edificación alguna.

La propietaria recurrente presenta en el Registro una instancia privada solicitando la rectificación de los errores procedentes del expediente administrativo, ante la cual la Registradora de la Propiedad deniega la extensión de asiento de presentación porque entiende que el documento necesario para poder realizar dicha inscripción sería una nueva certificación administrativa que contuviera la pertinente subsanación y que cumpliera los mismos requisitos necesarios para su inscripción recogidos en la legislación registral y urbanística.

La recurrente insiste en que el Proyecto de Reparcelación debió haber recogido en primer lugar la existencia de la referida edificación, y al ubicarse esta en una parcela de resultado que no se le adjudicaba, debería haberse incluido la correspondiente indemnización en la cuenta de liquidación provisional, y, por tanto, al no constar ninguno de tales extremos, a nivel registral tendría que haberse denegado no solo la inscripción de las referidas parcelas de resultado, sino la de todo el documento presentado ya que en caso contrario, la inscripción provoca que el Ayuntamiento adjudicatario de la finca en cuya inscripción consta la edificación pase a ser titular de la misma sin previo pago o consignación. Por otra parte —añade—, en una operación que es contraria totalmente la realidad existente, se inscribe la edificación en otra parcela de resultado sobre la que no existe físicamente, como si tales edificaciones pudieran moverse de su ubicación real.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación registral, la Dirección General desestimó el recurso en su resolución de 19 de octubre de 2016 confirmando la nota de calificación con base en la argumentación que se transcribe en esencia a continuación.

«2. 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.

(...) 5. Sin embargo, en el supuesto de que el error proviniera de la tramitación de un expediente administrativo, tampoco procedería la rectificación del Registro por mera solicitud, sino que se precisaría rectificación del expediente administrativo que dio lugar a la certificación administrativa que sirvió de título inscribible.

Como ha señalado este Centro Directivo de forma reiterada y constante (*vid.* resoluciones de 27 de junio de 1989, 11 de enero de 1999 y demás expresadas en los “Vistos”), es principio básico del sistema registral español que la rectificación de los asientos del Registro presupone, como regla, el consentimiento del titular o la oportuna resolución judicial supletoria (cfr. arts. 1 y 40 Ley Hipotecaria).

Es cierto que del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo —cfr. resolución de 30 de julio de 2015—, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración es alterado (cfr. arts. 102 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 109 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas).

No es, por tanto, inexcusable siempre y en todo caso, el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas.

Manifestación concreta de esta posibilidad es la reflejada en el apartado 3 del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, en el que se contempla la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad “las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan que se ejecute”, una vez aprobadas por el órgano urbanístico actuante, a través del procedimiento legalmente previsto.

6. En el presente supuesto, se procedió a inscribir la declaración de obra nueva procedente de la finca de origen, en otra finca registral no correspondiente a la finca de resultado donde se ubica físicamente la edificación, circunstancia que pretende rectificar mediante instancia privada de rectificación.

La propia recurrente es quien invoca el error cometido en la tramitación del expediente y en el contenido del proyecto de reparcelación, en el particular relativo a la constancia registral de la edificación existente físicamente en la unidad de ejecución y que se declaró e inscribió en una de las fincas de origen, es decir, un error en el contenido del título inscribible, según el artículo 7.7 Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, que debe contener la “descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican. Se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral”.

(...) Por lo que en el presente expediente, no tratándose de un error de concepto cometido en la inscripción, o en otros asientos referentes a ella, que “resulten claramente de la misma”, sino derivado de una eventual omisión en el proyecto de reparcelación, no puede entenderse suficiente la instancia privada y por tanto, no constituyendo, en este caso, supuesto que permita la extensión del asiento de presentación de un documento privado, conforme al artículo 420 del Reglamento Hipotecario en relación al artículo 3 de la Ley.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la nota de calificación de la Registradora».

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES INICIALES: LA LEY 13/2015

En el caso analizado por la resolución de 19 de octubre de 2016, que acabamos de resumir, se pretende la rectificación de una inscripción de la que efectivamente resulta una discordancia con la realidad extrarregistral ya que el folio de una de las fincas de resultado del Proyecto de Reparcelación refleja una edificación que no existe realmente sobre el suelo comprendido dentro del perímetro de dicha finca y que, en cambio, sí se encuentra emplazada en el correspondiente a otra finca de resultado diferente y en cuya inscripción no hay referencia alguna a la citada edificación.

Esta inexactitud registral obedece a un sistema de identificación de las fincas registrales y de coordinación entre el Registro y el Catastro que tradicionalmente se ha considerado imperfecto en nuestro Derecho y que no obstante ha ido mejorando de forma sucesiva en el tiempo.

El último intento de perfeccionar el sistema hasta la fecha es el realizado por la Ley 13/2015, de 24 de junio, de reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, con el objetivo de lograr una plena coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. En ella se prevé que el folio real incorpore la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria siempre que se inmatricule una finca en el Registro de la Propiedad o cuando se inscriban operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos. También prevé que, de manera potestativa, la representación gráfica de las fincas se incorpore al folio real al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible o como operación específica. Para ello se regula el procedimiento de coordinación de la descripción de las parcelas catastrales con las fincas registrales que se refieran a la misma porción del territorio, estableciendo con carácter general que la representación gráfica a inscribir en el Registro de la Propiedad será la contenida en la certificación catastral descriptiva y gráfica o bien, en los supuestos legalmente previstos, una representación gráfica alternativa. También se contempla la existencia de un sistema de intercambio mutuo de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Igualmente se exige la identificación georreferenciada de las edificaciones existentes en las fincas registrales y las parcelas catastrales.

El novedoso sistema de identificación geográfica de fincas y de edificaciones incide profundamente en la legislación hipotecaria y en la reguladora del Catastro para tratar de superar los inconvenientes del sistema precedente, tarea en la que sin duda ha logrado un gran avance en los escasos años en que lleva vigente.

Como muestra de ello, en relación con la resolución que contemplamos cabe sostener que una perfecta identificación geográfica por el Proyecto de Reparcelación tanto de las fincas de resultado como de las edificaciones existentes en ellas posiblemente habría evitado que dicho instrumento incurriera en los defectos a los que se ha hecho referencia y cuya traslación al Registro ocasionó la inexactitud registral que se trataba de combatir.

Por otro lado, la profundidad de la reforma ha ocasionado algunas dudas en su interpretación y aplicación práctica que a su vez ha generado una importante doctrina administrativa con el fin de esclarecer ciertos extremos de la misma. Cabe citar en este sentido 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, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, la resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y 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. Igualmente han sido muchos los recursos gubernativos que se han interpuesto en estos escasos años en torno a las materias afectadas por la reforma, dando lugar a otras tantas resoluciones de dicha Dirección General que constituyen antecedentes de gran utilidad práctica en la inteligencia e integración de la regulación legal.

En los apartados que siguen trataremos de sistematizar algunos de los pronunciamientos más relevantes tanto en relación con la inscripción de las fincas de resultado de la reparcelación como con la de las edificaciones existentes en las mismas en particular.

2. LA GEORREFERENCIACIÓN DE FINCAS EN LOS PROYECTOS DE REPARCELACIÓN

La identificación georreferenciada de las fincas afectadas por un Proyecto de Reparcelación no se encuentra específicamente regulada en la nueva normativa, que establece las reglas generales aplicables a toda clase de fincas, sino que tan solo contiene un par de referencias incidentales. Sin embargo, no parece difícil lograr un acercamiento al régimen jurídico propio de la reparcelación partiendo de las normas de la Ley 13/2015 y vertidas en los nuevos artículos 9, 10 y 199 de la Ley Hipotecaria.

El punto de partida es el párrafo primero del artículo 9.b), según el cual «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».

Son, por tanto, dos los requisitos que ha de cumplir al respecto el Proyecto de Reparcelación: la representación gráfica de las fincas y la expresión de las coordenadas, ambas georreferenciadas.

En relación con el primero de los citados requisitos, el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, tras sentar en su apartado 1 como regla general que «La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los Registradores de la Propiedad», añade en su apartado 3 la siguiente regla especial: «Únicamente podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa a la certificación catastral gráfica y descriptiva (...) b) Cuando el acto inscribible consista en una parcelación,

reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, que determinen una reordenación de los terrenos».

De la regulación legal expuesta surge la duda de si las fincas afectadas por la exigencia son solo las resultantes de la reparcelación o también las de origen o aportadas. A nuestro entender ha de aplicarse tanto a unas como a otras y así parece desprenderse de la aplicación analógica de las reglas contenidas en el apartado séptimo, letra c), de la citada resolución de 26 de octubre de 2015, de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para dar cumplimiento a las obligaciones de suministro de información por los notarios establecidas en el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

De esta forma, los planos que tradicionalmente acompañan a los Proyectos de Reparcelación, tanto de las fincas de origen como de las de resultado, habrían de quedar en lo sucesivo georreferenciados. En el caso de las primeras, normalmente se tomará como base para ello las correspondientes certificaciones catastrales descriptivas y gráficas conforme a la regla general del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria antes expuesto. En cambio, en relación con las fincas de resultado, al no estar reflejadas como tales en el Catastro en el momento de la confección, aprobación e inscripción, habrá de acudir a la representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa prevista en el artículo siguiente.

En este último caso, como en todos aquellos otros en que se haya aportado una representación gráfica alternativa, el registrador remitirá la información al Catastro, de acuerdo con su normativa reguladora, para que este practique, en su caso, la alteración que corresponda. De practicarse la alteración, la Dirección General del Catastro lo trasladará al Registro de la Propiedad, a efectos de que el Registrador haga constar las referencias catastrales correspondientes, así como la circunstancia de la coordinación, e incorpore al folio real la representación gráfica catastral (art. 10.3 de la Ley Hipotecaria).

Por otro lado, si en alguna de las fincas de origen de la reparcelación existiera alguna edificación, deberá identificarse la porción de suelo ocupada por ellas mediante sus coordenadas de referenciación gráfica, según se verá en el apartado siguiente.

Por lo demás, tanto la representación gráfica de las fincas como el listado de sus coordenadas habrán de ajustarse a las reglas generales previstas por los citados artículos de la Ley Hipotecaria y al desenvolvimiento y aclaración que de las mismas se realiza en las tres resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y la Dirección General del Catastro que hemos citado.

3. LA GEORREFERENCIACIÓN DE EDIFICACIONES

A) Normativa aplicable

La regulación general aparece contenida en el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, redactado por la citada Ley 13/2015, sustituyendo así la regulación contenida en el antiguo artículo 208 de la Ley Hipotecaria. Según el nuevo precepto:

«Las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación. En todo caso, habrán de

cumplirse todos los requisitos que hayan de ser objeto de calificación registral, según la legislación sectorial aplicable en cada caso.

La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

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 cada 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».

Hasta ahora, el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997 se limitaba a exigir la constancia en los títulos inscribibles de la obra nueva de «la superficie de la parcela ocupada». La nueva regulación hipotecaria contenida en la Ley 13/2015 perfecciona el modo de dar cumplimiento al principio de especialidad o determinación estableciendo por primera vez la necesidad de que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación quede «identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica».

B) Tratamiento de las edificaciones en el Proyecto de Reparcelación

Al igual que sucede en el caso contemplado por la resolución comentada, es posible que en alguna de las fincas de origen de la reparcelación exista alguna edificación, inscrita o no previamente mediante la correspondiente declaración de obra nueva. Al respecto debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 7.7 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 en materia de inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, según el cual el Proyecto de equidistribución debe expresar la «descripción de las construcciones que se mantienen y especificación de las fincas de resultado en que se ubican», añadiendo que «Se expresarán, en su caso, las construcciones existentes, aunque no hubieran sido objeto de previa inscripción registral».

En consecuencia, existiendo sobre las fincas de origen edificaciones que hayan de subsistir —inscritas o no—, estas han de hacerse constar en el Registro de la Propiedad en virtud del Proyecto, a cuyo fin deberá identificarse la porción de suelo ocupada por ellas mediante sus coordenadas de referenciación gráfica conforme a la regla general del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, antes expuesto.

C) Finalidad

Esta novedosa previsión responde al intento de la Ley 13/2015 de lograr la anhelada coordinación entre el Catastro y el Registro y de, en palabras de su preámbulo, «determinar con la mayor exactitud posible la porción de terreno sobre la que proyecta sus efectos» el Registro de la Propiedad, en aras de una mejor seguridad jurídica.

Por su parte, la resolución de la Dirección General de 28 de septiembre de 2016 dice al respecto que «el cumplimiento de tal exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico

espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca».

D) Edificaciones que han de quedar georreferenciadas

La Dirección General extiende la exigencia de la georreferenciación, además de a cualquier instalación o plantación, a toda clase de edificaciones, incluyendo entre ellas las llamadas obras antiguas, es decir, aquellas respecto de las cuales no es posible iniciar un expediente de disciplina urbanística por haber transcurrido los plazos legales a tal fin establecidos¹.

Por otro lado, la exigencia legal es aplicable a las obras nuevas terminadas y no, por tanto, a las declaradas en construcción. Según la resolución de 7 de noviembre de 2016, «dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. art. 198 de la Ley Hipotecaria), solo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordenadas de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral»².

E) Derecho transitorio

La resolución de 7 de noviembre de 2016 señala que «para inscribir cualquier edificación terminada, 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».

F) Aspectos formales

De los pronunciamientos de la Dirección General sobre la forma de cumplir el requisito legal, partiendo de su nueva regulación, cabe destacar los siguientes:

a) Desde el punto de vista técnico, la georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, aun cuando deberá hacerse en el mismo sistema oficial de referencia que se especifica en la resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 (Proyección UTM, sistema ETRS89 para la península o RegCan95 para Canarias), no necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML a que, para otros supuestos, sí que alude la citada resolución³.

b) Como alternativa a la relación de coordenadas de referenciación geográfica, la resolución de 6 de febrero de 2017 afirma que igualmente será válida la aportación de una representación gráfica de la porción de suelo ocupada realizada sobre un plano georreferenciado o dentro de una finca georreferenciada, aunque no se especifiquen las coordenadas concretas de aquella. En estos casos, las coordenadas podrán resultar por referencia o en relación a las del plano o finca sobre el que se representa la edificación, quedando suficientemente satis-

fecha la exigencia del artículo 202 de la Ley Hipotecaria, si bien en este caso el formato aportado deberá permitir la remisión de la información al Catastro en los términos previstos en el punto sexto de la citada resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015. Asimismo debe recordarse que en el caso de edificaciones cuya geometría conste previamente en la cartografía catastral, el Registrador podrá tomar las coordenadas directamente de la Sede Electrónica del Catastro utilizando el servicio habilitado para ello.

c) En relación con la coordinación de la finca que alberga la edificación, la resolución-circular de 3 de noviembre de 2015, antes citada, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique». La razón de dicha exigencia estriba en que para que proceda inscribir en el folio real de una finca la existencia de una edificación ubicada sobre ella, el primer presupuesto y requisito conceptual es, obviamente, que tal edificación esté efectivamente ubicada en su integridad dentro del perímetro de la referida finca.

d) Sin embargo, la regla anterior ha sido matizada por resoluciones posteriores, como la de 6 de febrero de 2017, al señalar que el cumplimiento de tal exigencia legal de georreferenciación de las edificaciones, cuando además conste inscrita la delimitación georreferenciada de la finca, permite efectuar el referido análisis geométrico espacial y concluir, sin ningún género de dudas, si la porción ocupada por la edificación, debidamente georreferenciada, está o no totalmente incluida dentro de la porción de suelo correspondiente a la finca. Pero cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Por ello, como señalan las resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril, 9 de mayo, 5 de julio y 28 de septiembre de 2016, para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique.

e) En cuanto a las consecuencias de la inscripción, el Centro Directivo señala que no ha de olvidarse que la obligada georreferenciación de la superficie de suelo ocupada por cualquier edificación, aun cuando habrá de ser preceptivamente comunicada por los registradores al Catastro en cumplimiento de la citada resolución conjunta, tampoco afecta propiamente al concepto ni al proceso de «coordinación geográfica» entre la finca registral y el inmueble catastral, ya que el atributo de «finca coordinada» o «finca no coordinada» se califica y predica respecto del contorno perimetral de la finca, es decir, su ubicación y delimitación geográfica, con independencia de los elementos físicos que puedan materialmente estar ubicados en el interior de la finca así delimitada, y por supuesto, con independencia también de las titularidades jurídicas que recaigan sobre ella⁴.

G) Las posibles dudas de identidad para inscribir representaciones gráficas

Destacan las siguientes ideas sobre la manifestación por el registrador de dudas sobre la inclusión completa de la edificación dentro de la finca registral:

a) 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 el registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar cualquier duda acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara⁵.

b) La manifestación por el registrador de tales dudas no puede ser arbitraria y discrecional, sino que ha de ser motivada y fundada en criterios objetivos y razonados⁶.

c) La mera falta de coincidencia de la finca registral con la situación catastral de las fincas no puede justificar las dudas de que la edificación se encuentre ubicada efectivamente en la finca registral como pudieran ser, por ejemplo, la ubicación de la edificación respecto de los linderos de la finca o la existencia de modificaciones descriptivas como incrementos superficiales o cambio de linderos⁷.

d) En caso contemplado por la resolución de 7 de noviembre de 2016, «el registrador expresa en su nota de calificación que “deben acreditarse las coordenadas referenciadas geográficas alternativas tanto del suelo como de la obra nueva declarada, así como también de la finca en la que se halla dicha obra nueva (...). Dado el desplazamiento en relación con el Catastro, deberá detallarse el mismo por abscisas y por ordenadas”. En la calificación solo se afirma la existencia de un desplazamiento patológico en la cartografía catastral (al que nos referiremos seguidamente) y no se manifiesta ninguna circunstancia adicional justificativa de las dudas de que la edificación se encuentre ubicada efectivamente en la finca registral tales como pudieran ser, por ejemplo, la ubicación de la edificación respecto de los linderos de la finca o la existencia de modificaciones descriptivas que se hubieran manifestado en el título. Tales circunstancias no concurren en el expediente y, en todo caso, deberían justificarse en la nota de calificación».

e) El tratamiento registral de los supuestos de desplazamientos de la cartografía catastral se contempla en el apartado 5 del punto séptimo de 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 que dispone que «cuando se inscriba la representación gráfica alternativa derivada de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, este se remitirá al Catastro por el registrador junto con los datos de la inscripción correspondientes, a fin de incorporar los metadatos de la modificación catastral que se efectúe». A ello añade la resolución de 11 de noviembre de 2016 que «para la apreciación por el registrador de tal desplazamiento de la cartografía (más aún si como indica el registrador en su nota el desplazamiento es «patológico») se precisa que un técnico así lo dictamine con ocasión de la elaboración de una representación gráfica alternativa que se aporta al registro para su inscripción. En el presente expediente, no consta ninguna representación alternativa que derive de un informe técnico que ponga de manifiesto el desplazamiento o giro de la cartografía catastral, sino que el registrador se limita en su calificación a poner de manifiesto la existencia de un desplazamiento generalizado, sin que este resulte justificado técnica ni gráficamente en tal nota de calificación. Esta

circunstancia no queda desvirtuada por las extensas consideraciones al respecto que se contienen en el informe, ni por la superposición de la cartografía catastral a la ortofotografía aérea que se acompaña al mismo. De dicha superposición, así como de la que puede consultarse en la Sede Electrónica del Catastro, no resulta ningún desplazamiento generalizado en el municipio de Alicante, tomando en consideración las ortofotografías más recientes suministradas por el Plan Nacional de Ortofotografía Aérea disponibles en dicha sede».

f) Sobre el concepto de duda a estos efectos son de interés las siguientes reflexiones de la resolución de 2 de marzo de 2017: «En cuanto a las dudas de identidad para inscribir representaciones gráficas, como señaló este Centro Directivo en las resoluciones de 22 de abril y 10 de octubre de 2016, según el artículo 199, la certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, debe ser objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9, lo que supone acudir a la correspondiente aplicación informática auxiliar prevista en dicho precepto, o las ya existentes anteriormente (cfr. punto cuarto de la resolución-circular de 3 de noviembre de 2015). Las dudas que en tales casos puede albergar el registrador han de 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. Además, 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».

g) Finalmente, se refiere también a esta cuestión la resolución de 29 de marzo de 2017, que afirma que «las dudas de identidad (en este punto, en cuanto a una posible invasión de dominio público) deben estar debidamente justificadas, sin que la mera circunstancia de hallarse una finca colindante incurso en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003 de 3 de noviembre, determine por sí la existencia de tal duda, más aún cuando de este procedimiento resulta controvertida la titularidad e incluso la naturaleza pública de dicha finca investigada (cfr. arts. 45 a 47 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre)».

NOTAS

¹ Así lo declaran, entre otras, las resoluciones de 8 de febrero, 19 de abril y 7 de noviembre de 2016 y 6 de febrero y 29 de marzo de 2017.

² En el mismo sentido se pronuncia la resolución de 6 de febrero de 2017.

³ Resolución de 6 de febrero de 2017.

⁴ Resoluciones de 7 de noviembre de 2016 y 6 de febrero de 2017.

⁵ Resolución de 6 de febrero de 2017.

⁶ Resolución de 6 de febrero de 2017, que cita como antecedente las 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.

⁷ Resoluciones de 28 de septiembre de 2016 y 6 de febrero de 2017.

4. DERECHO BANCARIO

Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y la controvertida imposición y abono del impuesto de actos jurídicos documentados conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015, de 15 de marzo de 2018, de 16, 22 y 23 de octubre de 2018, de 27 de noviembre de 2018, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo

Nullity of the general condition of costs assumption in mortgage loans and the disputed imposition of payment the legal documented acts tax according to the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, March 15th 2018, October 16th, 22nd and 23rd 2018, November 27th 2018, January 23rd 2019 and the remaining case law from the said Court

por

HÉCTOR DANIEL MARÍN NARROS

Doctor en Derecho

*Abogado colegiado en Madrid y Nueva York
LLM por la University of California Berkeley*

RESUMEN: Tras la sentencia del Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015 que declaró la nulidad de las condiciones generales que imponían al consumidor la asunción indiscriminada y sin matices de todos los gastos relacionados con la formalización e inscripción del préstamo y su garantía hipotecaria, la configuración del sujeto pasivo y la consecuente obligación de pago del impuesto de actos jurídicos documentados ha seguido generando controversia e inseguridad jurídica porque se han producido pronunciamientos judiciales bien dispares en las diversas instancias.

La jurisprudencia tradicionalmente había considerado que el sujeto pasivo de este impuesto era el prestatario. Pero, ante la falta de pronunciamiento de la citada sentencia sobre quien debía abonar el comentado impuesto una vez declarada nula la condición general por abusiva, se dictaron resoluciones con-

tradictorias en los Juzgados de Primera Instancia y las Audiencias Provinciales, estableciendo unas que debía pagarlo el prestamista (las menos) y otras el prestatario (que eran la mayoría).

En dos sentencias de 15 de marzo de 2018, la Sala Primera del Tribunal Supremo estableció que en ausencia de pacto se debe asumir el coste del timbre de la matriz de la escritura del préstamo hipotecario de la cuota fija por mitades entre el prestatario y el prestamista. Asimismo, estas resoluciones determinaron que la cuota variable del impuesto de actos jurídicos documentados debe abonarse por el prestatario.

No obstante, el 16, 22 y 23 de octubre de 2018 la Sala Tercera del Alto Tribunal sorprendió con tres pronunciamientos, declarando que el sujeto pasivo a estos efectos es el prestamista.

Tres sentencias posteriores de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2018 ratificaron el criterio de que debe ser el prestatario quien asuma tal pago.

Recientemente, la Sala Primera del Alto Tribunal ha confirmado en cuatro resoluciones de 23 de enero de 2019 que el sujeto pasivo del referido impuesto es el prestatario.

Sin perjuicio de lo anterior, el Real Decreto Ley 18/2018 ha establecido sin efecto retroactivo que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos en estos casos es el prestamista.

Este artículo pretende abordar minuciosamente la problemática de la abusividad de la imposición del pago del impuesto de actos jurídicos documentados en los préstamos hipotecarios con consumidores, analizando el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia que se ha dictado en la materia, para clarificar la situación presente, apuntando las certidumbres, incertidumbres y posibles soluciones sobre este aspecto controvertido de este tipo de pleitos.

ABSTRACT: Further to the judgment of the Spanish Supreme Court rendered in December 23rd, 2015, which declared the nullity of the general conditions that impose on the consumer the assumption of all the expenses related to the execution and registration of the loan and its mortgage guarantee indiscriminately without justification, the decision on who is the taxpayer and its corresponding obligation of paying the legal documented acts tax have continued to generate controversy and legal uncertainty because there have been rendered very different judicial judgments on this matter by lower courts.

Case law had traditionally considered that the taxpayer of this tax was the borrower. But since the aforementioned judgment did not establish who should pay the tax imposed once the general condition was declared null and void, contradictory judgments were rendered by first instance and the provincial courts, establishing a few of them that the lender had to pay the tax (the minority of the cases). But the majority of judgments declared that the borrower had to pay it.

In two judgments of March 15th, 2018, the Civil Division of the Spanish Supreme Court established that in the absence of an agreement on this matter, borrower and lender must assume by halves the cost of the stamp of the matrix of the deed of the mortgage loan (the fix payment of the tax). They also established that the variable payment of the tax of legal documented acts had to be borne by the borrower.

But on October 16th, 22nd and 23rd 2018 the Division that hears administrative decisions of the Spanish Supreme Court rendered three judgments which declared that the taxpayer for these purposes was the lender.

Three latter judgments of the same Division of the Supreme Court of November 27th, 2018 ratified the criterion that the borrower must assume the payment of the referred tax.

Recently the Civil Division of the Spanish Supreme Court confirmed in four judgments of January 23rd, 2019 that the taxpayer of the aforementioned tax is the borrower.

Notwithstanding the above, the Royal Decree Law 18/2018 has established without retroactive effect that the taxpayer of legal documented acts in these cases is the lender.

This article aims to thoroughly address the problem of the abusiveness of the imposition on the borrower of the payment of the tax on legal documented acts in mortgage loans, analyzing the current in force regulations and the case law that has been rendered on this matter, to clarify the current situation, pointing out the certainties, uncertainties and possible solutions on this controversial aspect.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Impuesto de actos jurídicos documentados. Consumidores. Condición general abusiva. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: Mortgage loan. Tax on legal documented acts. Consumers. Abusive general condition. Spanish Supreme Court case law.

SUMARIO: I. ESTUDIO DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE ASUNCIÓN DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL AJD.—II. SENTENCIAS A FAVOR DE QUE EL BANCO DEBA PAGAR EL AJD: 1. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES. 2. SSTS, SALA TERCERA, DE 16 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3422/2018), DE 22 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3511/2018), DE 23 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3519/2018).—III. RESOLUCIONES JUDICIALES QUE POSTULAN COMO SUJETO PASIVO DEL AJD AL PRESTATARIO CONSUMIDOR: 1. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE DECLARAN AL PRESTATARIO COMO SUJETO PASIVO DEL AJD. 2. SSTS, SALA PRIMERA, DE 15 DE MARZO DE 2018 (ROJ STS 848/2018 Y STS 849/2018). 3. SSTS, SALA TERCERA, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 Y STS 3888/2018). 4. SSTS, SALA PRIMERA, DE 23 DE ENERO DE 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 Y STS 105/2019).—IV. SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LLEY 17/2018.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA.—VII. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA.

I. ESTUDIO DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL DE ASUNCIÓN DE GASTOS DE LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS Y DE LA JURISPRUDENCIA SOBRE EL AJD

El uso de este tipo de provisiones ha sido habitual en los préstamos hipotecarios durante décadas y no se había planteado la posible abusividad de las condiciones generales que imponen la asunción de gastos al prestatario¹. La literalidad concreta de esta clase de estipulaciones suele ser bastante similar. Dentro

de la infinidad de gastos que se asumen por el prestatario en tales condiciones generales, resultan especialmente controvertidos por su efectivo abono, importes y relación con los intereses de la entidad financiera que concede el préstamo, los gastos de tasación del inmueble hipotecado, de otorgamiento de escritura pública, de inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, de abono del impuesto de actos jurídicos documentados (en adelante llamado «AJD»), de la gestoría que tramita tal inscripción y liquidación de los correlativos impuestos, así como la cancelación de la carga hipotecaria. En este trabajo vamos a analizar el pago del referido impuesto, remitiéndonos a un artículo publicado en el ejemplar anterior respecto al análisis del resto de los gastos comentados y la problemática que suele plantearse en esta clase de litigios².

En todo caso, conviene precisar que esta situación no se produce en todos los supuestos, ni es merecedora de protección jurídica siempre que haya una condición contractual de este tipo. Para ello nos tendremos que encontrar con una condición general³ que ha sido impuesta a un consumidor conforme a lo indicado en la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015). Así, en el supuesto de que se trate de no consumidores, la condición general solo podrá ser considerada abusiva cuando su incorporación haya sido sorpresiva, infringiendo la buena fe mediante un abuso de la posición dominante contractual⁴. A estos efectos conviene recordar la doctrina establecida en la aludida resolución sobre la abusividad de esta clase de provisiones. En concreto, la citada sentencia establece sobre esta cuestión⁵:

«1. En primer lugar, resulta llamativa la extensión de la cláusula, que pretende atribuir al consumidor todos los costes derivados de la concertación del contrato, supliendo y en ocasiones (como veremos) contraviniendo, normas legales con previsiones diferentes al respecto.

El artículo 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto «La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables» (número 2.º), como «La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario» (número 3.º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3.º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3.º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4.º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5.º).

2. Sobre tales bases legales, no cabe considerar que la sentencia recurrida haya vulnerado ninguna de las normas legales citadas como infringidas, al declarar la abusividad de la cláusula. Baste recordar, en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante

del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (art. 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU).

En la sentencia 550/2000, de 1 de junio, esta Sala estableció que la repercusión al comprador/consumidor de los gastos de constitución de la hipoteca era una cláusula abusiva y, por tanto, nula. Y si bien en este caso la condición general discutida no está destinada a su inclusión en contratos seriados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso.

3. En lo que respecta a los tributos que gravan el préstamo hipotecario, nuevamente no se hace distinción alguna. El artículo 8 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados dispone que estará obligado al pago del impuesto a título de contribuyente, y cualesquiera que sean las estipulaciones establecidas por las partes en contrario: en las transmisiones de bienes y derechos de toda clase, el que los adquiere (letra a); y en la constitución de derechos reales, aquel a cuyo favor se realice este acto (letra c), aclarando que, en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, el obligado será el prestatario (letra d). Por otro lado, el artículo 15.1 del texto refundido señala que la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente, a los efectos de transmisiones patrimoniales, por el concepto de préstamo. Pero el artículo 27.1 de la misma norma sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados los documentos notariales, indicando el artículo 28 que será sujeto pasivo del impuesto el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

De tal manera que la entidad prestamista no queda al margen de los tributos que pudieran devengarse con motivo de la operación mercantil, sino que, al menos en lo que respecta al impuesto sobre actos jurídicos documentados, será sujeto pasivo en lo que se refiere a la constitución del derecho y, en todo caso, la expedición de las copias, actas y testimonios que interese y que, a través de la cláusula litigiosa, carga indebidamente sobre la otra parte contratante. En su virtud, tanto porque contraviene normas que en determinados aspectos tienen carácter imperativo, como porque infringe el artículo 89.3 c) TRLGCU, que considera como abusiva la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario, la declaración de nulidad efectuada por la Audiencia es plenamente ajustada a derecho.

Ya dijimos en la sentencia 842/2011, de 25 de noviembre, si bien con referencia a un contrato de compraventa de vivienda, que la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula».

Por lo tanto, para que una estipulación general que imponga asumir al prestatario consumidor el pago del AJD sea abusiva, esta debe hacer recaer la totalidad de los impuestos en el prestatario, sin reciprocidad o discriminación alguna, cuando el prestamista también tiene una serie de intereses en los trámites que generan dichos gastos, como obtener un título ejecutivo o la constitución de la garantía real. Y ello porque genera un relevante desequilibrio que se no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada cuando la regulación aplicable permitiría una distribución más equitativa.

Esta resolución no se pronunció sobre la concreta distribución de los gastos que no sería abusiva, ni sobre los gastos particulares cuya imposición puede ser considerada abusiva. Es más, en el caso del impuesto de AJD estima que es abusiva su atribución al consumidor prestatario porque el prestamista no es ajeno a la operación atendiendo a la contradicción normativa del impuesto que se describe en la comentada sentencia. Pero tampoco afirma que el impuesto debe ser asumido por el prestamista. Y desde luego, por la naturaleza de las acciones ejercitadas no se pronuncia sobre la posible obligación de abono de los gastos sufragados (incluyendo el AJD) al amparo de la cláusula litigiosa.

En este sentido, se debe resaltar que, a pesar de la claridad y relativa sencillez del argumento empleado por la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), hay una cierta subjetividad e inherente relación de intereses recíprocos entre prestamista y prestatario. Y ello porque el préstamo se solicita con un fin para el cual se usará el capital prestado. Y para la obtención de dicha financiación se imponen ciertas condiciones que están interrelacionadas. Por ejemplo, si no hubiera una garantía real la financiación no se concedería o sería a un tipo de interés muy superior. Consecuentemente, es complicado desligar e independizar los intereses y beneficios de las partes en esta clase de operaciones. A su vez, hay que tener en cuenta que generalmente siempre se podrá establecer una distribución más recíproca de los gastos, aunque sea *ex* artículo 1255 del Código civil⁶, y que es difícil precisar qué se considera un perjuicio relevante. Por lo tanto, siempre se podría argumentar que estas dos circunstancias señaladas en la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) para sustentar su fallo concurren en el caso particular.

Sin perjuicio de lo anterior, antes de entrar a estudiar los diversos posicionamientos jurisprudenciales y cambios normativos que se han producido respecto del AJD, conviene recordar cuál era la situación de la que se partía antes de dicha sentencia y de la controversia suscitada sobre este impuesto.

En primer lugar, lo que debe considerarse es que en esta clase de pleitos estamos usualmente ante tres operaciones relacionadas: una compraventa de un inmueble, un préstamo para financiar tal adquisición y una garantía hipotecaria para asegurar el cobro del préstamo.

La tributación de los tres actos jurídicos está sujeta a tributación conforme al Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en lo sucesivo referido como «LITPAJD»), así

como su normativa de desarrollo. La compraventa tributa por el impuesto de transmisiones patrimoniales generalmente en virtud del precepto 7 de la LITPAJD, entre otros, (salvo cuando está sujeta al Impuesto de Valor Añadido, que se produce habitualmente en la venta de obra nueva). La garantía hipotecaria y el préstamo tributan conjuntamente por AJD en virtud de una unidad de hecho impositivo según una alambicada interpretación jurisprudencial de la normativa previamente citada, sus artículos concordantes y la regulación de desarrollo.

A este respecto resulta pertinente traer a colación la redacción original sobre el sujeto pasivo del impuesto AJD (que no ha sufrido cambios hasta la modificación que se comenta en el apartado IV de este estudio), que conforme al artículo 29 del LITPAJD era:

«Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan».

Nótese que la determinación legislativa del sujeto pasivo era susceptible de interpretación porque, en un caso donde están interrelacionados la garantía hipotecaria con el préstamo, siempre se puede argumentar que tanto el prestamista como el prestatario en el conjunto de la operación (es decir, el préstamo hipotecario) adquieren un bien o un derecho y se expide en su interés el documento notarial. Todo ello con independencia de la dificultad en esta clase de litigios de probar quién instó la escritura pública del préstamo hipotecario.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina jurisprudencial existente de la jurisdicción contencioso administrativa en la materia, consolidada y abundante, era clara al establecer que el sujeto pasivo de este impuesto en los préstamos hipotecarios era el prestatario. A estos efectos se pueden citar, entre otras muchas, las SSTS, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 2001 (ROJ STS 9012/2001), de 20 de enero de 2004 (ROJ STS 159/2004), de 14 de mayo de 2004 (ROJ STS 3316/2004), de 20 de enero de 2006 (ROJ STS 257/2006), de 27 de marzo de 2006 (ROJ STS 1938/2006), de 20 de junio de 2006 (ROJ STS 4976/2006), de 31 de octubre de 2006 (ROJ STS 7141/2006), de 6 de mayo de 2015 (ROJ STS 2088/2015). Esta posición jurisprudencial sobre la configuración del sujeto pasivo en estos casos puede apreciarse de forma resumida en la STS, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2004 (ROJ STS 3316/2004), que en su Fundamento de Derecho Quinto dice:

«En efecto, entre otras, en la reciente sentencia de esta Sala Tercera de 19 de noviembre de 2001 (Recurso de casación núm. 2196/1996) en un caso similar de concesión por una entidad de crédito a una empresa mercantil de un préstamo hipotecario, formalizado en escritura pública, se mantiene lo que sigue: “Es necesario añadir al respecto que, aunque, en puridad de conceptos, la conclusión de la unidad del hecho imponible, más que del mencionado artículo 15.1 del Texto Refundido aquí considerado encontraba su más claro apoyo en el artículo 18 del Reglamento de 29 de diciembre de 1981, que, en vez de hablar, como hacía el tan citado artículo 15.1, de que ‘la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis en garantía de un préstamo, [tributarían] exclusivamente por el concepto de préstamo’, se refería a que ‘la constitución de préstamos garantizados con fianza, prenda, hipoteca y anticresis [tributarían] solo por el concepto de préstamo’ —matiz que no pasa desapercibido a la Sala y que incluso podría haber dado pie a interpretar que el hecho imponible no era el préstamo hipotecario, sino la hipoteca, aunque su gravamen quedaba subsumido

en el gravamen del préstamo, con la consecuencia de que el Reglamento se había excedido de la previsión legal que desarrollaba—, es lo cierto que la interpretación tradicional de esta Sala ha aceptado siempre la premisa de que el hecho imponible, préstamo hipotecario, era y es único, y que, por tanto, la conclusión de su sujeción a AJD, hoy por hoy, es coherente, cualesquiera sean las tendencias legislativas que, en un futuro próximo, pudieran consagrar su exención en esta última modalidad impositiva, introduciendo la necesaria claridad en el sistema aplicativo de un impuesto, como el de AJD, que tantas dificultades encierra en su actual configuración, como ha hecho finalmente la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al añadir un nuevo apartado 18 al artículo 45.I.B del Texto Refundido del ITP y AJD vigente de 24 de septiembre de 1993, aunque, obviamente, no sea de aplicación al caso aquí cuestionado. En cualquier caso, la unidad del hecho imponible en torno al préstamo, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible es el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8.º.d), en relación con el 15.1 del Texto Refundido ITP y AJD, y en relación, asimismo, con el artículo 18 del Reglamento de 1981, hoy artículo 25 del vigente de 29 de mayo de 1995, que, por cierto, ya se refiere a la constitución de, entre otros, derechos de hipoteca en garantía de un préstamo y no a la de préstamos garantizados con hipoteca”».

Por consiguiente, era previsible que en virtud de tal posicionamiento jurisprudencial los tribunales no condenasen a abonar a los bancos el impuesto de AJD pagado por los prestatarios consumidores. Y es que, por más que la imposición en una condición general del pago de todos los impuestos en su integridad relacionados con el préstamo hipotecario sea considerada abusiva según la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), eso no quiere decir que el prestatario no tuviera que desembolsar en todo caso tal impuesto al ser el sujeto pasivo conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta.

Sin embargo, la inexistencia de un criterio al respecto por parte del Alto Tribunal en la citada sentencia sobre esta cuestión particular, así como sobre la obligación de reembolso del resto de los gastos que haya podido pagar el prestatario consumidor en virtud de la mencionada condición general abusiva, propició que se iniciaran infinidad de pleitos ejercitando acciones individuales reclamando tales conceptos.

El resultado de tales acciones ha sido dispar. Frecuentemente se estima la abusividad de la provisión litigiosa, pero se han producido pronunciamientos contradictorios sobre la obligación del prestatario consumidor de tener que abonar el referido impuesto en virtud de las comentadas estipulaciones generales. Por ello a continuación se va a abordar cada uno de los diferentes posicionamientos por separado.

II. SENTENCIAS A FAVOR DE QUE EL BANCO DEBA PAGAR EL AJD

1. JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA Y AUDIENCIAS PROVINCIALES

En primer lugar, hay que resaltar que esta corriente nunca ha parecido ser la mayoritaria. En todo caso, ha continuado manifestándose a pesar de los diferentes pronunciamientos del Alto Tribunal en un sentido y otro respecto a la posible condena a las entidades financieras de abonar al consumidor prestatario el AJD que este previamente pagó por el préstamo hipotecario.

En primera instancia se pueden citar, entre otras, las siguientes resoluciones: SSJPI núm. 90/2017 del núm. 7 de Terrasa de 5 de abril de 2017, núm. 79/17 del núm. 2 de Igualada de 27 de abril de 2017, núm. 174/2017 del núm. 1 de Benidorm de 5 de junio de 2017, núm. 172/2017 del núm. 6 de Granollers de 12 de junio de 2017, núm. 143/17 del núm. 1 de Vic de 19 de junio de 2017, núm. 50016/2017 del núm. 11 de Bilbao de 9 de septiembre de 2017, del núm. 4 de Mérida de 11 de septiembre de 2017, del núm. 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de septiembre de 2017, núm. 203/2017 del núm. 6 de Zamora de 17 de octubre de 2017, núm. 426/17 del núm. 1 de San Fernando de 6 de febrero de 2018, núm. 858/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 19 de octubre de 2018, núm. 942/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 12 de noviembre de 2018, núm. 2843/18 del núm. 25 bis de Valencia de 21 de noviembre de 2018.

A pesar de lo comentado en algunos medios⁷, resulta complicado encontrar pronunciamientos en la jurisprudencia menor que condenen al banco a reembolsar al prestatario consumidor lo abonado por el AJD. Dentro de ellos se puede mencionar la SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de septiembre de 2017 (ROJ SAP CC 640/2017), que condena a tal abono a la entidad financiera señalando en su Fundamento de Derecho Quinto:

«La STS de 23 de diciembre de 2015, analiza por separado los tres conceptos a que se refiere el recurso de gastos de Notaría, Registro de la Propiedad y Actos Jurídicos Documentados, declarando que la atribución de todos ellos al prestatario es nula, por las razones examinadas a las que nos remitimos. Es más, en cuanto a los impuestos, que es sin duda la cuestión más discutida, en este caso no es preciso entrar en dicha polémica, toda vez que, la cláusula cuestionada desplaza en su conjunto la totalidad de los impuestos, habidos y por haber, al prestatario cuando le atribuye todos los impuestos de esta operación, con independencia de quien sea el sujeto pasivo, y ello es obvio que no guarda equilibrio, además de ser abusivo. Incluso aunque se estime que el impuesto derivado de la constitución del préstamo hipotecario incumbe únicamente al prestatario, no es esto lo que afirma la cláusula cuestionada, que le atribuye toda la carga impositiva derivada del conjunto de la operación y su cancelación».

Lo cual parece sostener que debido a que la cláusula impone en todo caso el pago del impuesto al prestatario, esta es abusiva y por ello, aunque no se desarrolla con mayor profundidad en esta resolución, el banco debe reembolsar el AJD al prestatario consumidor.

2. SSTS, SALA TERCERA, DE 16 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3422/2018), DE 22 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3511/2018), DE 23 DE OCTUBRE DE 2018 (ROJ STS 3519/2018)

Estas sentencias tuvieron un enorme impacto mediático⁸, porque como ellas mismas establecen, pretendían modificar la doctrina jurisprudencial existente sobre la determinación del sujeto pasivo del AJD en los supuestos estudiados⁹. Su pronunciamiento y fallo es claramente la fijación del acreedor prestatario (y prestamista) como sujeto pasivo. A continuación se reproducen los principales extractos de la STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) que justifican el cambio de criterio¹⁰ [cuya literalidad también puede encontrarse

en las otras SSTs, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018) y de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018)]:

«Aun reconociendo la solidez de buena parte de los argumentos en los que descansa la jurisprudencia actual, debemos corregirla porque, frente a la conclusión extraída por esa jurisprudencia, entendemos que el obligado al pago del tributo en estos casos es el acreedor hipotecario, sujeto en cuyo interés se documenta en instrumento público el préstamo que ha concedido y la hipoteca que se ha constituido en garantía de su devolución.

Los razonamientos que siguen descansan, esencialmente, en tres consideraciones, referidas (i) al requisito de la inscribibilidad, (ii) a la configuración legal de la base imponible y (iii) al tenor literal del artículo 29 de la ley del impuesto.

2. Pero antes debemos salir al paso de la alegación —defendida por los recurridos y presente en la sentencia impugnada— según la cual la ley (arts. 8 y 15) establece expresamente que el sujeto pasivo es el prestatario.

No se sigue tal afirmación, desde luego, del artículo 8 del texto refundido pues, ciertamente, señala en su apartado d) que en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza es obligado al pago «el prestatario»; pero afirma también expresamente, en el apartado anterior, que tal obligado será, «en la constitución de derechos reales», aquel «a cuyo favor se realice este acto», condición que sin duda ostenta el acreedor hipotecario, como la ostenta también el «acreedor afianzado» en la constitución de fianza a la que se refiere el apartado e) del mismo artículo 8.

Pero tampoco se desprende aquella conclusión del artículo 15 del texto refundido, según el cual «la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo». Y ello por dos razones:

La primera, porque el precepto está incluido en el Título I de la ley, referido exclusivamente a la modalidad transmisiones patrimoniales, y no en el Título Preliminar, que contiene disposiciones aplicables a las tres modalidades que la ley contempla.

La segunda, porque no alcanza la Sala a entender la razón por la que —de ser esa la voluntad del legislador— no hay precepto equivalente en la ley respecto de la modalidad de actos jurídicos documentados, pues el artículo 29 pudo aclarar —como hizo respecto de transmisiones patrimoniales— quién es el sujeto pasivo en un negocio complejo que la ley ha contemplado expresamente en un artículo aclaratorio (el artículo 15) referido exclusivamente a una modalidad tributaria distinta.

El hecho de ser la hipoteca un derecho real de constitución registral la sitúa, claramente, como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, pues el único extremo que hace que el citado acto jurídico complejo se someta al impuesto sobre actos jurídicos documentados es que el mismo es inscribible, siendo así que, en los dos negocios que integran aquel acto, solo la hipoteca lo es.

En otras palabras, si el tributo que nos ocupa solo considera hecho gravable el documento notarial cuando incorpora «actos o contratos inscribibles en los Registros públicos» que se señalan y si esta circunstancia actúa como *condictio iuris* de la sujeción al impuesto, es claro que en los negocios jurídicos complejos resultará esencial aquel de ellos que cumpla con tal exigencia.

De no ser así, esto es, si seguimos considerando al préstamo como principal, no tendría demasiado sentido someter al gravamen un negocio jurídico no inscribible solo por la circunstancia de que exista un derecho real accesorio constituido en garantía del cumplimiento de aquel.

Dice el artículo 30.1 del texto refundido que «la base imponible en los derechos reales de garantía y en las escrituras que documenten préstamos con garantía estará constituida por el importe de la obligación o capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos».

Si ello es así es porque, inequívocamente, el aspecto principal (único) que el legislador ha contemplado en el precepto citado es la hipoteca, máxime si se tiene en cuenta que aquellos extremos (los intereses, las indemnizaciones o las penas por incumplimiento) solo pueden determinarse porque figuran en la escritura pública de constitución de hipoteca y porque son las que permitirán que el acreedor pueda ejercitar la acción privilegiada que el ordenamiento le ofrece (ya que, como dijimos, la acción solo podrá ejercitarse «sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento»).

Cabría añadir una segunda reflexión: si analizamos el artículo 30.1 desde la perspectiva de la capacidad contributiva, es claro que la que se pone de manifiesto, a tenor de su redacción, no es la del prestatario (que solo ha recibido el préstamo y que se obliga a su devolución y al pago de los intereses), sino la del acreedor hipotecario (único verdaderamente interesado —como veremos— en que se configure debidamente el título y se inscriba adecuadamente en el Registro de la Propiedad).

5. La correcta interpretación del precepto contenido en el artículo 29 («será su sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan») abona la tesis que defendemos.

La expresión «en su defecto» no solo puede ir referida a aquellos supuestos en los que no pueda identificarse un «adquirente» del bien o derecho, sino también a aquellos otros —como el que nos ocupa— en los que no puede determinarse con precisión quién ostenta tal condición».

Por consiguiente, de forma resumida, puede decirse que esta resolución (y las otras dos sentencias citadas en este subapartado) rebate la jurisprudencia consolidada previa argumentando que i) la literalidad de los preceptos no impone que el sujeto pasivo sea el prestatario, sino precisamente lo opuesto, que sea el acreedor hipotecario (y prestamista); ii) el hecho impositivo exige la inscribibilidad en el Registro, lo cual es solo predicable de la hipoteca (por cuyo interés se inscribe) y no del préstamo; iii) la base imponible del impuesto se calcula sobre capital garantizado, comprendiendo las sumas que se aseguren por intereses, indemnizaciones, penas por incumplimiento u otros conceptos análogos. Esto únicamente puede determinarse en la garantía hipotecaria y no en el préstamo.

A su vez, se debe resaltar que las mencionadas resoluciones contienen dos votos particulares (iguales a estos efectos en cada uno de los tres pronunciamientos judiciales comentados), no habiendo unanimidad entre los magistrados que dictaron estas sentencias. El primero es emitido por el magistrado ponente D. Nicolás MAURANDI GUILLÉN, quien compartiendo la fundamentación y fallo de la sentencia, además destaca en la conclusión mantenida en tal resolución que:

- La genérica tributación por AJD regulada en la LITPAJD comprende dos figuras tributarias de distinta naturaleza y régimen. Así, distingue entre los documentos notariales y los actos jurídicos documentados notarialmente, que sería el supuesto enjuiciado.

- La potestad tributaria no puede apoyarse únicamente en una finalidad recaudatoria, sino que ha de respetar los parámetros establecidos para la distribución de la carga tributaria. En este sentido, el magistrado recalca que los motivos que justifican la tributación sobre los actos jurídicos notarialmente documentados concurren en mucha mayor medida en el acreedor hipotecario, puesto que la capacidad económica gravada en el tributo sobre los actos jurídicos notarialmente documentados se individualiza con claridad en el acreedor hipotecario y resulta nula o notoriamente inferior en el deudor prestatario.
- La formalización en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad son requisitos inexcusables para la constitución del derecho real de garantía hipotecaria, pero no así para la perfección de un contrato de préstamo.

El segundo voto particular es emitido por el magistrado Dimitry BERBEROFF AYUDA, que discrepa con la determinación del sujeto pasivo efectuado en la STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) (y también en las otras dos resoluciones citadas en este subapartado), considerando que le corresponde al prestatario y no al prestamista (acreedor hipotecario) el pago del AJD, resaltando para ello (además de compartir los postulados de la doctrina jurisprudencial que se pretendía cambiar con estas sentencias):

- Esa doctrina jurisprudencial que fija el sujeto pasivo en el prestatario ha permanecido inmutable desde que la LITPAJD entrase en vigor, a pesar de las diversas modificaciones que ha experimentado tal régimen normativo.
- Los requisitos utilizados por la STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) (así como las otras dos sentencias comentadas en este subapartado) para justificar el cambio (requisito de inscribibilidad, la configuración legal de la base imponible y el tenor literal del LITPAJD), también se empleaban en la doctrina jurisprudencial anterior para sostener que el sujeto pasivo es el prestatario.
- No comparte con la citada sentencia [y las SSTs, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018) y de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018)], que la inscripción registral constitutiva de la hipoteca configure tal acto como principal a efectos tributarios.
- Para él hay dos modalidades de un único hecho imponible pero, aunque se pudieran separar (que discrepa sobre ello) el préstamo de la hipoteca a estos efectos tributarios, la cuota fija del impuesto recae directamente sobre el documento notarial, sujetando por ello la escritura pública que documenta el préstamo. Lo cual impide que pueda diferenciarse dos sujetos pasivos, uno de la cuota fija y otro de la cuota gradual.
- El carácter bilateral del préstamo declarado en la STS, Sala Primera, de 11 de julio de 2018 (ROJ STS 2551/2018) permite sostener que el préstamo obra como causa de la hipoteca en los negocios jurídicos analizados en este artículo. No obstante, a este respecto puede indicarse que tanto la doctrina¹¹ como la jurisprudencia¹² han considerado tradicionalmente el préstamo como un negocio jurídico unilateral.

Aunque estos tres pronunciamientos judiciales no han cumplido su pretensión de modificar la jurisprudencia anterior, ya que tal posicionamiento que fijaba el sujeto pasivo del impuesto en el prestatario fue posteriormente ratificado [y el criterio establecido en las SSTs, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS

3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) modificado] por las resoluciones posteriores del Alto Tribunal dictadas por el Pleno que se comentarán en los subapartados III.3 y 4 de este artículo.

III. RESOLUCIONES JUDICIALES QUE POSTULAN COMO SUJETO PASIVO DEL AJD AL PRESTATARIO CONSUMIDOR

Como anteriormente se ha comentado, este era el posicionamiento claro y consolidado de los tribunales antes de que surgiera toda esta controversia¹³. Y no ha dejado de ser la corriente mayoritaria, a pesar de los pronunciamientos analizados en el apartado II.

1. SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE AUDIENCIAS PROVINCIALES QUE DECLARAN AL PRESTATARIO COMO SUJETO PASIVO DEL AJD

Dentro de la infinidad de resoluciones de primera instancia que se han ido dictando en este sentido se pueden mencionar las SSJPI núm. 2/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 7 de septiembre de 2017, núm. 141/2017 del núm. 50 de Barcelona de 19 de septiembre de 2017, núm. 177/2017 del núm. 2 de Palencia de 28 de septiembre de 2017, núm. 5/2017 del núm. 10 bis de Sevilla de 3 de octubre de 2017, núm. 193/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 16 de octubre de 2017, núm. 1/2017 del núm. 11 bis de Murcia de 23 de octubre de 2017, núm. 72/2018 del núm. 7 bis de La Coruña de 19 de marzo de 2018 y núm. 52/2019 del núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de marzo de 2019, entre otras muchas.

En segunda instancia también pueden encontrarse muchos pronunciamientos como las SSAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 28 de septiembre de 2017 (ROJ SAP SA 652/2017), de La Coruña, Sec. 4.^a, de 18 de octubre de 2017 (ROJ SAP C 2170/2017), de La Rioja, Sec. 1.^a, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 265/2017), de Baleares, Sec. 5.^a, de 7 de noviembre de 2017 (ROJ SAP IB 1910/2017), de Cantabria, Sec. 4.^a, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017), de Huelva, Sec. 2.^a, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ SAP H 817/2017).

Nótese que hay sentencias que incluso no estiman que sea abusiva la condición general que impone el pago de este impuesto al prestatario consumidor como las SSAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017) y de Granada, Sec. 3.^a, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018). Así, la primera resolución citada en su Fundamento de Derecho Segundo señala (resumiendo la doctrina de que el sujeto pasivo es el prestatario y de que no corresponde la declaración de nulidad por que la provisión general solo se refiere al AJD):

«La hipoteca está considerada como un derecho real de garantía, por lo que su constitución está sujeta al impuesto de actos jurídicos documentados (al estar exenta del impuesto sobre el valor añadido, artículo 20 Uno 18.^a de la Ley 37/1992 de 28 de diciembre) según lo dispuesto en el artículo 7.1 letras A y B del RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. A su vez, es un acto que tiene acceso al Registro por lo que si se documenta en escritura pública (necesaria para que la hipoteca quede válidamente constituida, artículo 145 de la LH), se devenga el gravamen en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos

documentados, artículo 27.1 letra a) del Texto legal antes citado en relación con el artículo 66.1 letra a) de su Reglamento.

En el supuesto examinado solo se menciona el impuesto no otros conceptos como hace la sentencia del TS (expedición de copias, actas y testimonios que interese), siendo lo determinantes que el hecho imponible en el préstamo hipotecario es único, el «derecho» a que se refiere el artículo 8d) en relación con el artículo 15.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el préstamo que se recoge en el documento notarial y ello aunque se encuentre garantizado con hipoteca. Sin olvidar que el hecho imponible recae sobre el documento no sobre el acto contenido en el mismo, es decir, este impuesto grava la formalización de ciertos documentos notariales, siendo sujeto pasivo el que adquiere el bien o derecho, en este caso el prestatario. Siendo oportuno recordar que la Ley 53/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria establece el principio de que en caso de impago de un tributo la Hacienda Pública perseguirá al obligado con independencia de los pactos a que lleguen las partes (art. 17 y 18 de la LGT).

Conforme a todo lo argumentado hasta ahora en relación con el impuesto de actos jurídicos documentados a que se refiere el apartado c) de la cláusula quinta, no puede calificarse como nula, toda vez que no puede apreciarse infracción del artículo 89.3c) del TRLDCU, estimando en tal sentido este motivo de recurso».

Por lo tanto, esta y el resto de sentencias comentadas en este subapartado consideran que no procede el reembolso porque el sujeto pasivo del AJD es el prestatario consumidor según la jurisprudencia consolidada existente en esta materia. Repárese que el pronunciamiento reproducido no es contradictorio con la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), porque en este caso, a diferencia de lo acontecido en la resolución del Alto Tribunal, la condición general se ciñe al AJD y no a otros posibles conceptos.

2. SSTS, SALA PRIMERA, DE 15 DE MARZO DE 2018 (ROJ STS 848/2018 Y STS 849/2018)

Estos dos pronunciamientos ratificaron el anterior posicionamiento de la STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015) en cuanto a la nulidad por abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor¹⁴. Pero estas sentencias sí abordan la cuestión no resuelta por dicha resolución respecto del posible reembolso del AJD por la entidad financiera prestamista a favor del prestatario. Y para ello se pronuncia sobre quién debe ser considerado sujeto pasivo a tales efectos, porque si el prestatario tuviera que abonar tal impuesto por su condición de sujeto pasivo, entonces no podría haber condena alguna al reembolso.

En este sentido la Sala Primera en estos dos pronunciamientos sigue la tradicional doctrina mantenida por la Sala Tercera del mismo Tribunal explicada en el apartado I de este artículo, declarando¹⁵:

«La jurisprudencia de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, de este Tribunal Supremo ha interpretado tales preceptos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario (sentencias de 19 de noviembre de 2001 [RC 1996, 2196]; 20 de enero

de 2004 [RC 2002, 158]; 14 de mayo de 2004 [RC 1999, 4075]; 20 de enero de 2006 [RC 2001, 693]; 27 de marzo de 2006 [RC 2001, 1839]; 20 de junio de 2006 [RC 2001, 2794]; 31 de octubre de 2006 [RC 2001, 4593]; 6 de mayo de 2015 [RC 2013, 3018]; y 22 de noviembre de 2017 [RC 2016, 3142]). En tales resoluciones se indica que la unidad del hecho imponible en torno al préstamo produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo posible sea el prestatario, de conformidad con lo establecido en el artículo 8 d), en relación con el 15.1, LITPAJD.

En su virtud, respecto de la constitución de la hipoteca en garantía de un préstamo, en armonía con la jurisprudencia de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo, debemos concluir que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario».

Pero además de tan importante determinación a efectos de esta clase de litigios sobre el sujeto pasivo del AJD, también precisa dos cuestiones: i) quién debe asumir el timbre de la matriz respecto de la cuota fija del mencionado impuesto, declarando que debe hacerse por mitades salvo que haya pacto entre las partes que lo regule de manera diferente (y habrá que entender que no sea a su vez abusivo); ii) que tal cuota fija de las copias corresponde a quien solicite dichas copias; y iii) que la escritura de cancelación está exenta de tal tributación (lo cual no parece que fuera particularmente conflictivo). En particular la STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 849/2018) dice¹⁶:

«Y en cuanto al derecho de cuota fija, por los actos jurídicos documentados del timbre de los folios de papel exclusivo para uso notarial en los que se redactan la matriz y las copias autorizadas (arts. 71 y sigs. del Reglamento), habrá que distinguir entre el timbre de la matriz y el de las copias autorizadas.

Respecto de la matriz, conforme al ya citado artículo 68 del Reglamento y la interpretación que del mismo hace la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, corresponde el abono del impuesto al prestatario. Salvo en aquellos casos en que pudiera existir un pacto entre las partes sobre la distribución de los gastos notariales y registrales. Como el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, habla en general de interesados, pero no especifica si a estos efectos de redacción de la matriz el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor —por la obtención del préstamo—, como el prestamista —por la hipoteca—, es razonable distribuir por mitad el pago del impuesto (solución que, respecto de los gastos notariales y registrales, apunta la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de abril de 2016).

Mientras que, respecto de las copias, habrá que considerar sujeto pasivo a quien las solicite, según se desprende del propio artículo 68 del Reglamento.

7. Por último, y puesto que en la cláusula litigiosa se hace mención expresa a los tributos que graven la cancelación de la hipoteca, debe tenerse en cuenta que el artículo 45 B.18 LITPAJD declara exentas las primeras copias de escrituras notariales que documenten la cancelación de hipotecas de cualquier clase en cuanto al gravamen gradual de la modalidad «Actos Jurídicos Documentados» que grava los documentos notariales».

Consecuentemente, estas sentencias son relevantes desde el punto de vista que precisaron por primera vez en este tipo de pleitos dentro de la jurisdicción civil que el sujeto pasivo del AJD es el prestatario consumidor, motivo por el cual no debe

producirse condena al reembolso del pago de este impuesto. Todo ello sin perjuicio de la precisión que efectúan ambas resoluciones sobre el timbre de la escritura pública matriz y de las copias del préstamo hipotecario, que si bien se debe tener en cuenta, lo cierto es que su impacto económico dentro de estas reclamaciones es poco relevante y que el criterio de la solicitud de las copias puede ser poco operativo ante el problema probatorio que suele concurrir en esta clase de litigios.

3. SSTS, SALA TERCERA, DE 27 DE NOVIEMBRE DE 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 Y STS 3888/2018)

Nos encontramos ante tres pronunciamientos del Pleno que requerirían para un estudio en profundidad de un artículo monográfico. Cuentan con 77 y 78 páginas cada uno, siendo la mayor parte de su contenido votos particulares de los diferentes magistrados que dictan estas sentencias. Lo cual parece venir en parte motivado por el interés mediático de este posible cambio dentro de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta materia que ha sido previamente comentado, de una aparente falta de coordinación dentro del referido órgano judicial a la hora de cambiar una posición jurídica, de las posibles razones y argumentaciones que se pueden mantener al respecto y de la conveniencia de una adecuada explicación unificadora tras el anterior intento de cambio jurisprudencial.

En todo caso es indubitado que por su número (3 resoluciones en mismo sentido y con prácticamente igualdad de contenido), por ser posteriores y porque vienen dictadas por el pleno del Alto Tribunal deben prevalecer sobre el criterio asentado en las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) analizadas en el apartado II.2 de este trabajo. Y así de hecho se ha consolidado posteriormente con las resoluciones judiciales que se comentan en el siguiente subapartado III.4 y sentencias de órganos inferiores comentadas en el subapartado III.1.

A efectos de este estudio el análisis de las resoluciones comentadas en este subapartado se va a centrar en la argumentación y doctrina contenida para reocar el posicionamiento de las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018), reestableciendo la jurisprudencia anterior. Sin perjuicio de ello, se tiene que resaltar que es evidente que el posible interés de estas sentencias es mucho mayor. Máxime cuando tienen hasta 6 votos particulares y abordan otras cuestiones que no son exclusivamente la determinación del sujeto pasivo del AJD para los supuestos tratados en este trabajo.

La doctrina de estas sentencias objeto de estudio en este artículo queda bien reflejada en los siguientes extractos de la STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3887/2018)¹⁷:

«De conformidad con lo todo lo expuesto hasta ahora, la posición del Pleno en relación con el objeto litigioso es la de confirmar la jurisprudencia vigente hasta ahora en el sentido de que el sujeto pasivo en los préstamos hipotecarios regulados en el Título III sobre actos jurídicos documentados del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es el prestatario.

Dicha conclusión parte de lo que entendemos debe ser el criterio hermenéutico básico que ha de guiar la interpretación de los preceptos aplicables, en línea con

la jurisprudencia constante de esta Sala y es que, en un negocio complejo como el del préstamo con garantía hipotecaria, el negocio jurídico básico, razón de ser de toda la operación contractual, es el préstamo, resultando la garantía hipotecaria un negocio derivado y siervo del anterior, sin el cual no existiría. El préstamo, por el contrario, tiene sentido y viabilidad en sí mismo, sin perjuicio de que sin la garantía hipotecaria estaría presumiblemente sometido a condiciones más rigurosas en beneficio del prestamista. Pues bien, si eso es así, es claro que desde un punto de vista tributario es el préstamo el que debe guiar la interpretación de las consecuencias tributarias que sean de rigor. Todo ello, como es evidente, a reserva de una previsión expresa del legislador en sentido contrario, como precisamente ha ocurrido con la aprobación por parte del Gobierno mediante un Real Decreto-ley, con posterioridad a la decisión de este asunto por el Pleno.

Entendemos que es a partir del mencionado criterio sustantivo como hay que interpretar los preceptos legales aplicables y no, como se hace en las sentencias dictadas en octubre por la Sección Segunda de la Sala, a partir del análisis fragmentario y parcial de tales preceptos. Esto es, entendemos que lo procedente es interpretar los artículos 8.b) y c), 15, 29 y 30 del Texto refundido a partir de dicho criterio, y no a formular una tesis opuesta construida mediante la interpretación parcial de dichos preceptos.

En efecto, construyen su discurso las sentencias de la Sección a partir de la consideración de que el préstamo con garantía hipotecaria constituye una unidad a efectos tributarios, para afirmar inmediatamente después que en esta unidad tributaria se incluye, como negocio jurídico complejo, un contrato traslativo de dominio (el préstamo mutuo, en el que el prestatario adquiere la propiedad de la cosa prestada y ha de devolver otro tanto de la misma especie y calidad) y un negocio jurídico accesorio, de garantía y de constitución registral (la hipoteca). De esta afirmación extrae la Sección la conclusión de que se identificarían, a efectos tributarios y de aplicación del artículo 29 del Texto Refundido, dos adquirentes: el prestatario en cuanto al negocio traslativo de la suma que se le entrega y el acreedor hipotecario respecto de la hipoteca. Sin embargo, la abundantísima jurisprudencia sobre la cuestión, de la que con anterioridad se ha dado sobrada cuenta, no se limita a reconocer una unidad de hecho imponible, sino que lo que reitera la misma es que nos encontramos ante una unidad de hecho imponible en torno al préstamo, lo que produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo sea el prestatario.

La unidad de hecho imponible en torno al préstamo tiene perfecto acomodo legal en el artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, conforme al que el impuesto se ha de exigir con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidado cualquiera que sea la denominación que las partes se hayan dado; en el artículo 3 del mismo Texto Refundido, que, como el anterior precepto, se ubica en las normas generales del impuesto contenidas en el Título Preliminar y dispone que «para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo; y, por último, en el artículo 12.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que dispone que «en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda». Pues bien, esta unidad del hecho imponible en torno al préstamo, como señala la sentencia de 19 de noviembre de 2001, antes reseñada, produce la consecuencia de que el único sujeto pasivo sea el prestatario.

La existencia de un único hecho imponible en torno al préstamo, que se corresponde con la concepción civil de constituir el contrato una unidad funcional y económica que opera en el tráfico bajo una única unidad léxica compuesta como es la de préstamo hipotecario, que acoge un contrato traslativo del dominio —con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie y calidad— y un derecho real de garantía de carácter accesorio, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (art. 1857.1.º CC), hace que no pueda compartirse la afirmación contenida en las sentencias de la Sección conforme a la que, desde el punto de vista tributario, existirían dos adquirentes.

Tampoco comparte este Pleno la argumentación de la Sección, basada en una interpretación sistemática, conforme a la cual el contenido del artículo 15 del Texto Refundido, al estar ubicado en el Título I, relativo a la modalidad impositiva de transmisiones patrimoniales onerosas, y no en el Título Preliminar, no cabría ser extendido a la modalidad de actos jurídicos documentados. (...) pues si para el impuesto sobre transmisiones patrimoniales onerosas, en el préstamo de cualquier naturaleza el sujeto pasivo es el prestatario, [art. 8 d) del Texto Refundido y 34 d) del Reglamento], y el hecho de que el préstamo esté garantizado por hipoteca no altera esta regla, conforme al propio artículo 15 del Texto Refundido, pues existe un solo hecho imponible, la consecuencia lógica, conforme —se insiste— a la jurisprudencia inveterada de la Sala, ha de ser que en la modalidad impositiva de actos jurídicos documentados el sujeto pasivo sea el mismo prestatario.

Tampoco considera este Pleno que el requisito de la inscribibilidad del acto deba acarrear la consecuencia, como se sostiene en las sentencias de la Sección Segunda, de hacer prevalecer a la hipoteca sobre el préstamo como negocio principal a efectos tributarios en las escrituras públicas en las que se documentan préstamos con garantía hipotecaria, en contra —se insiste— de una jurisprudencia constante y uniforme. (...) este Pleno discrepa de este planteamiento pues, como ya se ha puesto reiteradamente de manifiesto, en primer lugar, la jurisprudencia ha identificado con reiteración un único hecho imponible en torno al préstamo; hecho imponible que no es el negocio o negocios que se formalizan en escritura pública, sino la propia instrumentalización, y lo que se formaliza es el préstamo con garantía hipotecaria, lo que se corresponde además, con el momento de devengo del impuesto que es, con arreglo al artículo 49.1 b) del Texto Refundido, el día en que se formaliza el acto sujeto a gravamen, lo que es independiente de la efectiva y posterior inscripción de la hipoteca; y, en segundo lugar, porque, como más adelante exponremos, en términos del tan citado artículo 29 del Texto Refundido, indudablemente también al prestatario le interesa la expedición del documento notarial inscribible.

Tampoco comparte este Pleno la conclusión alcanzada por la Sección conforme a la que la configuración de la base imponible que contiene el artículo 30.1 pondría de manifiesto únicamente la capacidad contributiva del prestamista acreedor hipotecario, pues no es esta la conclusión a la que llegó el Tribunal Constitucional en su auto de 18 de enero de 2005, respecto del que las sentencias de la Sección Segunda guardan el más absoluto silencio, al responder a la cuestión de inconstitucionalidad de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se planteó precisamente el contraste de la normativa que rige el impuesto con el principio de capacidad económica que ha de regir el sistema tributario recogido en el artículo 31.1 del texto constitucional.

Por último, a juicio de este Pleno, tampoco resulta acertado el razonamiento de las sentencias de la Sección en relación con el último inciso del artículo 29 del Texto Refundido, referido al interés en la expedición del documento, pues, con

independencia de que solo opera este criterio de determinación del sujeto pasivo en defecto del criterio principal, es decir, de identificación del adquirente del bien o derecho, para lo que, como ya se ha dicho, no existe ninguna dificultad, no es cierto que solo interese al acreedor hipotecario la inscripción de la hipoteca y, por ende, la expedición del documento inscribible, pues no parece haber duda alguna en que la obtención por el prestatario de la cantidad objeto del préstamo está vinculada, y condicionada, a la simultánea constitución de la garantía sobre un bien inmueble de su propiedad, manifestación, como ya se ha dicho, de capacidad económica».

Por consiguiente, puede observarse cómo el Alto Tribunal en Pleno aborda y rebate con minuciosidad cada uno de los argumentos esgrimidos en las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) para reestablecer el anterior posicionamiento jurisprudencial. De hecho, estos tres pronunciamientos de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018) aclaran que ratifican y mantienen en sus términos la doctrina jurisprudencial que fijaba el sujeto pasivo en el prestatario, así como que los efectos de las SSTS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018), de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018) y de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018) se ciñen a esos casos¹⁸.

4. SSTS, SALA PRIMERA, DE 23 DE ENERO DE 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 Y STS 105/2019)

Las referidas sentencias se remiten y reafirman el posicionamiento establecido en las resoluciones del Alto Tribunal estudiadas en los dos subapartados anteriores. En concreto, la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 103/2019) sobre la nulidad de la cláusula por abusiva señala¹⁹ (aunque las otras sentencias citadas en este subapartado tienen la misma o muy similar dicción al respecto):

«3. Bajo tales parámetros resulta claro que, si no existiera la cláusula controvertida, el consumidor no tendría que pagar todos los gastos e impuestos de la operación, puesto que en virtud de las disposiciones de Derecho español aplicables (Arancel de los notarios, Arancel de los registradores, CC, etc.) no le corresponde al prestatario en todo caso el abono de la totalidad de tales gastos y tributos, por lo que la introducción de dicha estipulación implica un desequilibrio importante entre los derechos y las obligaciones de las partes en el contrato, que determina su abusividad. Máxime teniendo en cuenta la naturaleza del servicio objeto del contrato, que es la financiación de la adquisición de un bien de primera necesidad como es la vivienda habitual.

4. La Audiencia Provincial no contraviene la normativa sobre consumidores al afirmar que el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados (único tributo al que se refiere) es el prestatario, puesto que lo único que hace es, una vez expulsada la cláusula abusiva del contrato, aplicar la legislación en la materia, que viene constituida por la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y su Reglamento vigente en la fecha de suscripción del contrato.

5. Desde este punto de vista, este motivo de casación también debe ser desestimado, si bien la resolución recurrida debe ser matizada o aclarada conforme a lo resuelto por esta Sala en las sentencias 147/2018 y 148/2018, de 15 de marzo (...)

Estas consideraciones han sido reafirmadas por las conclusiones de las sentencias del pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa Sala, a la que nos habíamos remitido en nuestras citadas sentencias de 15 de marzo de 2018».

En consecuencia, en estas resoluciones se declara la nulidad de la condición general por imponer al prestatario el abono de todos los impuestos sin distinción, pero al estimarse que el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario conforme a la jurisprudencia anterior, no procede reembolso alguno por parte de la entidad financiera por este concepto. Todo ello sin perjuicio del matiz sobre el timbre de la cuota fija introducido por las SSTS de 15 marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018), que es nuevamente aplicado en estas sentencias.

Este posicionamiento es el que han aplicado con posterioridad las Audiencias Provinciales, aunque se hayan seguido dictando alguna resolución en sentido contrario en primera instancia según lo comentado en el apartado II.1 de este trabajo. Ejemplos del seguimiento de esta jurisprudencia contenida en las SSTS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019) lo podemos encontrar en las SSAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019), de Lugo, Sec. 1.ª, de 8 de marzo de 2019 (ROJ SAP LU 193/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de 4 de abril de 2019 (ROJ SAP B 3288/2019), de Gerona, Sec. 2.ª, de 5 de abril de 2019 (ROJ SAP GI 397/2019), entre otras.

IV. SITUACIÓN TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DEL REAL DECRETO-LEY 17/2018

El Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (en lo sucesivo referido como el RDL 17/2018), ha aclarado de forma precisa la cuestión analizada en este estudio.

Así, en el apartado uno de su artículo único por el que se modifica la regulación del controvertido impuesto, se establece:

«Se modifica el artículo 29, que queda redactado como sigue:

“Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan.

Quando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista”».

Por consiguiente, es indubitado que el RDL 17/2018 determina que el sujeto pasivo en los casos analizados es el prestamista. Ahora bien, aunque existía la posibilidad de haber establecido tal configuración con efecto retroactivo en virtud del artículo 2.3 del Código civil, (puesto que como no es una norma penal o sancionadora administrativa no se habría vulnerado el artículo 25 de la Constitución Española de 1978), el propio RDL 17/2018 precluyó tal posibilidad al indicar en el apartado IV de su Exposición de Motivos:

«Finalmente, cabe señalar que la modificación normativa se aplicará a aquellos hechos imponible que se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma».

Más allá de su valor para efectuar una interpretación teleológica en virtud del precepto 3.1 del Código civil, la falta de retroactividad está clara porque esta no se contempla en todo el RDL 17/2018. Y sin embargo la indicada norma fija su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado en su disposición final tercera. Lo cual tuvo lugar el 9 de noviembre de 2018²⁰.

Este criterio también ha sido claramente fijado por el Tribunal Supremo en sus resoluciones de la Sala Primera de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En particular (aunque la literalidad es la misma en todas ellas), en la STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019), en su Fundamento de Derecho Tercero se dice:

«Y no quedan cuestionadas por el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna».

Por lo tanto, en el supuesto de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria otorgadas a partir del 10 de noviembre de 2018 el sujeto pasivo del impuesto de actos jurídicos documentados es el prestamista. Pero para las otorgadas con anterioridad, salvo que el Tribunal Supremo cambie su criterio consolidado en sus SSTS de la Sala Tercera de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018) y de la Sala Primera de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), el sujeto pasivo es el prestatario.

V. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y regulación analizada en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre el reembolso del AJD por las entidades financieras prestamistas en supuestos de abusividad de las condiciones generales de asunción de impuestos contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores:

I. Tradicionalmente, y con independencia de los diversos cambios normativos que fueron produciéndose a lo largo del tiempo, la jurisprudencia había considerado al prestatario como el sujeto pasivo del AJD en los casos de préstamo hipotecario.

II. La imposición en una condición general de un préstamo hipotecario celebrado con un consumidor de todos los gastos e impuestos relacionados con el mismo sin discriminación ni matices es abusiva conforme a las SSTS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018) y de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). Lo cual supone la nulidad

de la cláusula y la obligación de reembolsar las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la aplicación de condición general anulada. Pero no puede existir obligación de reembolsar tales importes cuando el sujeto pasivo del impuesto es el prestatario, porque este hubiera tenido que pagar tal impuesto en todo caso con independencia de la abusividad y consecuente nulidad de la provisión litigiosa.

III. La Sección 2.^a de la Sala Tercera del Alto Tribunal alegó modificar la comentada jurisprudencia en tres pronunciamientos de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018, STS 3511/2018 y STS 3519/2018). Conforme a estas resoluciones el sujeto pasivo es el acreedor hipotecario (la entidad financiera prestamista en esta clase de pleitos).

IV. El Pleno del Alto Tribunal ha revocado tal cambio jurisprudencial y ha reafirmado en sus dos sentencias de la Sala Primera de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018), tres de la Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018, STS 3887/2018 y STS 3888/2018) y cuatro de la Sala Primera de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019) la jurisprudencia tradicional, confirmando que el sujeto pasivo del AJD en estos casos es el prestatario consumidor, sin que proceda condena a su desembolso. Todo ello sin perjuicio de la posible nulidad por abusividad de la correspondiente condición general.

V. En las SSTs, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018 y STS 849/2018) adicionalmente se ha precisado que en estos supuestos, el coste del timbre de la cuota fija del AJD de la matriz de la escritura del préstamo hipotecario se reparte por mitades entre el prestatario y el prestamista mientras no haya pacto que lo distribuya de manera diferente. Asimismo, en estas resoluciones se ha señalado que el timbre de las copias de la referida escritura pública corresponde a quien las solicite.

VI. Tras la entrada en vigor el pasado 10 de noviembre de 2018 del Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, es indubitado que el prestamista es el sujeto pasivo del AJD porque así lo establece su artículo único. Dicho Real Decreto-ley no establece su eficacia retroactiva, por lo que en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.3 del Código civil y las SSTs, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), no puede aplicarse esta nueva configuración del sujeto pasivo del AJD a préstamos hipotecarios suscritos antes del 10 de noviembre de 2018.

VI. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

EL MUNDO (2018). *El Supremo cambia de criterio y establece que el impuesto de las hipotecas lo deben pagar los bancos*. Recuperado en <https://www.elmundo.es/economia/macroeconomia/2018/10/18/5bc84491e5fdeaca258b463d.html>, con acceso el 14 de abril de 2019.

EL PAÍS (2018). *Revés del Supremo a los bancos: son ellos y no el cliente quienes deben pagar el impuesto de las hipotecas*. Recuperado en https://elpais.com/economia/2018/10/18/actualidad/1539850879_013794.html, con acceso el 14 de abril de 2019.

EXPANSIÓN (2017). *Los jueces discrepan sobre el sujeto del tributo de la hipoteca*. Recuperado en <http://www.expansion.com/empresas/banca/2017/01/05/586d597b46163fd85c8b45d6.html>, con acceso el 12 de abril de 2019.

- IDEALISTA (2018). *Una de cada cinco Audiencias Provinciales obliga a la banca a devolver todos los gastos hipotecarios*. Recuperado en <https://www.idealista.com/news/finanzas/hipotecas/2018/01/16/762406-una-de-cada-cinco-audiencias-provinciales-obliga-a-la-banca-a-devolver-todos-los-gastos>, con acceso el 12 de abril de 2019.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- LAS PROVINCIAS (2018). *El Alto Tribunal unificará su doctrina sobre el tributo de actos jurídicos documentados porque una sección da la razón a la banca y otra al cliente*. Recuperado en <https://www.lasprovincias.es/economia/supremo-actos-juridicos-documentados-pago-20171124131147-nt.html>; con acceso el 12 de abril de 2018.
- MARÍN NARROS, H. D. (2019). Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y pago de los mismos (notaría y registro de constitución y cancelación de la hipoteca, tasación y gestoría) conforme a las SSTS de 23 de diciembre de 2015, de 23 de enero de 2019 y resto de jurisprudencia del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, 1651-1690.
- MARÍN NARROS, H. D. (2017). Retroactividad, cosa juzgada, consideración de la condición del consumidor y superación del control de transparencia en los casos de cláusulas suelo según la doctrina contenida en las STJUE de 21 de diciembre de 2016, SSTS de 18 de enero de 2017, de 30 de enero de 2017, de 24 de febrero de 2017, de 9 de marzo de 2017 y ATS de 4 de abril de 2017. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 93, 2784-2805.
- PULIDO BEGINES, J. L. (2013). Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito. En *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (dirs.) (2004). *Contratos bancarios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

VII. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2001 (ROJ STS 4233/2001).
- STS, Sala Tercera, de 19 de noviembre de 2001 (ROJ STS 9012/2001).
- STS, Sala Tercera, de 20 de enero de 2004 (ROJ STS 159/2004).
- STS, Sala Tercera, de 14 de mayo de 2004 (ROJ STS 3316/2004).
- STS, Sala Tercera, de 20 de enero de 2006 (ROJ STS 257/2006).
- STS, Sala Tercera, de 27 de marzo de 2006 (ROJ STS 1938/2006).
- STS, Sala Tercera, de 20 de junio de 2006 (ROJ STS 4976/2006).
- STS, Sala Tercera, de 31 de octubre de 2006 (ROJ STS 7141/2006).
- STS, Sala Tercera, de 6 de mayo de 2015 (ROJ STS 2088/2015).
- STS, Sala Primera, de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015).
- STS, Sala Primera, de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 367/2016).
- STS, Sala Primera, de 18 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017).
- STS, Sala Primera, de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 328/2017).
- STS, Sala Primera, de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).
- STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 848/2018).
- STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 2018 (ROJ STS 849/2018).

- STS, Sala Primera, de 11 de julio de 2018 (ROJ STS 2551/2018).
- STS, Sala Tercera, de 16 de octubre de 2018 (ROJ STS 3422/2018).
- STS, Sala Tercera, de 22 de octubre de 2018 (ROJ STS 3511/2018).
- STS, Sala Tercera, de 23 de octubre de 2018 (ROJ STS 3519/2018).
- STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3885/2018).
- STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3887/2018).
- STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3888/2018).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 102/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 103/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019).
- STS, Sala Primera, de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019).

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 13 de septiembre de 2017 (ROJ SAP CC 640/2017).
- SAP de Salamanca, Sec. 1.^a, de 28 de septiembre de 2017 (ROJ SAP SA 652/2017).
- SAP de La Coruña, Sec. 4.^a, de 18 de octubre de 2017 (ROJ SAP C 2170/2017).
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017).
- SAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 265/2017).
- SAP de Baleares, Sec. 5.^a, de 7 de noviembre de 2017 (ROJ SAP IB 1910/2017).
- SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017).
- SAP de Huelva, Sec. 2.^a, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ SAP H 817/2017).
- SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019).
- SAP de Lugo, Sec. 1.^a, de 8 de marzo de 2019 (ROJ SAP LU 193/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 4 de abril de 2019 (ROJ SAP B 3288/2019).
- SAP de Gerona, Sec. 2.^a, de 5 de abril de 2019 (ROJ SAP GI 397/2019).

PRONUNCIAMIENTOS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI núm. 90/2017 del núm. 7 de Terrasa de 5 de abril de 2017.
- SJPI núm. 79/17 del núm. 2 de Igualada de 27 de abril de 2017.
- SJPI núm. 174/2017 del núm. 1 de Benidorm de 5 de junio de 2017.
- SJPI núm. 172/2017 del núm. 6 de Granollers de 12 de junio de 2017.
- SJPI núm. 143/17 del núm. 1 de Vic de 19 de junio de 2017.
- SJPI núm. 2/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 7 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 50016/2017 del núm. 11 de Bilbao de 9 de septiembre de 2017.
- SJPI del núm. 4 de Mérida de 11 de septiembre de 2017.
- SJPI del núm. 6 bis de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 141/2017 del núm. 50 de Barcelona de 19 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 177/2017 del núm. 2 de Palencia de 28 de septiembre de 2017.
- SJPI núm. 5/2017 del núm. 10 bis de Sevilla de 3 de octubre de 2017.
- SJPI núm. 193/2017 del núm. 101 bis de Madrid de 16 de octubre de 2017.
- SJPI núm. 203/2017 del núm. 6 de Zamora de 17 de octubre de 2017.

- SJPI núm. 1/2017 del núm. 11 bis de Murcia de 23 de octubre de 2017.
- SJPI núm. 426/17 del núm. 1 de San Fernando de 6 de febrero de 2018.
- SJPI núm. 72/2018 del núm. 7 bis de La Coruña de 19 de marzo de 2018.
- SJPI núm. 858/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 19 de octubre de 2018.
- SJPI núm. 942/2018 del núm. 18 bis de Málaga de 12 de noviembre de 2018.
- SJPI núm. 2843/18 del núm. 25 bis de Valencia de 21 de noviembre de 2018.
- SJPI núm. 52/2019 del núm. 2 de Las Palmas de Gran Canaria de 6 de marzo de 2019.

NOTAS

¹ Vid. Puyol Montero, F. J. y Fluiters Casado, R. (dirs.) (2004) y Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (coords.) (2013).

² Vid. MARÍN NARROS, H. D. (2019).

³ La protección se dispensa principalmente por esa doble condición. Resulta ilustrativo a estos efectos que el Tribunal Supremo haya precisamente atendido a la negociación de la cláusula para estimar la validez y falta de abusividad de una cláusula suelo en su STS de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).

⁴ Cfr. SSTS, Sala Primera, de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 367/2016), de 18 y de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017 y STS 328/2017 respectivamente), entre otras. De igual manera cfr. MARÍN NARROS, H. D. (2017).

⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto.

⁶ Que señala: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

⁷ Cfr. Expansión (2017); Idealista (2018); Las Provincias (2018).

⁸ Vid. El Mundo (2018), El País (2018).

⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto de la resolución analizada.

¹⁰ Cfr. Fundamento de Derecho Quinto de la sentencia comentada.

¹¹ Cfr. PULIDO BEGINES, J. L. (2013). Los contratos de préstamo bancario y de apertura de crédito. En Jiménez Sánchez, G. J. y Díaz Moreno, A. (coords.) (2013).

¹² Cfr. STS, Sala Primera, de 22 de mayo de 2001 (ROJ STS 4233/2001), entre otras.

¹³ Vid. *ut supra* apartado I de este trabajo.

¹⁴ Cfr. Fundamento de Derecho Cuarto de ambas resoluciones citadas.

¹⁵ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto apartado 5 de ambas sentencias.

¹⁶ Cfr. Fundamento de Derecho Sexto, apartados 6 y 7. La otra resolución de la misma fecha tiene la misma literalidad.

¹⁷ Cfr. Fundamento de Derecho Séptimo.

¹⁸ Cfr. Fundamento de Derecho Octavo de la STS, Sala Tercera, de 27 de noviembre de 2018 (ROJ STS 3887/2018). Aunque se puede observar la misma literalidad en los otros dos pronunciamientos comentados de la misma fecha.

¹⁹ Cfr. Fundamento de Derecho Tercero.

²⁰ Lo cual puede constatarse en la página web oficial del Boletín Oficial del Estado. Recuperado en <https://www.boe.es/boe/dias/2018/11/09/>, con acceso el 10 de abril de 2019.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

La Cátedra de Derecho Registral junto a la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada se proponen celebrar el Congreso Internacional sobre «Tecnología Blockchain en la Contratación. Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial», el próximo 10 y 11 de octubre de 2019. Este Congreso pretende ser continuación de los tres anteriores: (1) el primero celebrado los días 16, 17 y 18 de mayo de 2013 relativo a «Desahucios y Ejecuciones hipotecarias» (ISBN: 978-84-694-0195-8), (2) el segundo, celebrado los días 8, 9 y 10 de mayo de 2015 relativo al «Mercado Hipotecario y Segunda Oportunidad para Consumidores/as y empresarios/a» (ISBN:978-84-9098-0507) y el tercero de carácter nacional y primero de carácter internacional, celebrado los días 4 y 5 de mayo de 2017, sobre «Contratación Inmobiliaria Transnacional» (ISBN: 978-84-9177).

Este Congreso Internacional cuenta con un espléndido panel de ponentes expertos en la materia, veinte en total. Dos ponencias de inauguración, una de clausura y cinco bloques temáticos que permitirán a través de 5 Workshop, o talleres temáticos, plantear y debatir algunos de los interrogantes más actuales que sugiere el uso de la tecnología blockchain al contratar: *¿Blockchain?*, *¿Smart contract?*, *¿Ciberseguridad?*, *¿Big data?*, *¿Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales?*, *¿Impacto en los sistemas empresariales, financiero, notarial, registral y judicial?*, *¿Tokenización de activos inmobiliarios?*, *¿Delitos tecnológicos?* Gracias a colaboración del Ayuntamiento de Granada, Alastria (National Blockchain Ecosystem), Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Consejo General del Notariado, Consejo General de la Abogacía, Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental, Ilustre Colegio Notarial de Andalucía, Ilustre Colegio de Abogados de Granada, Ilustre Colegio de Economistas de Granada, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Departamento de Derecho civil, Departamento

de Derecho mercantil y Derecho romano, Proyecto I+d+i «Marco Jurídico de la Economía Colaborativa: la protección del usuario», Unidad de Excelencia de Investigación «Sociedad Digital: Seguridad y Protección de Derechos», Grupo BAES Blockchain Lab y la Editorial Thomson Reuters Aranzadi, S.A.

Hemos contados con la participación de dos ponencias inaugurales, una de clausura y más de veinte expertos en la materia repartidos en cinco Bloques temáticos lo que nos permitirá plantear y tratar de dar respuesta a algunos de los interrogantes más actuales que suscita la Tecnología Blockchain al contratar.

En las ponencias de inauguración del congreso nos proponemos aclarar cuál es la política europea sobre *Blockchain* (ponencia que correrá a cargo de Luis HINOJOSA MARTÍNEZ, catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada y Presidente de la «European Society of International Law» (ESIL) quien será presentado por Miguel OLMEDO CARDENETE, catedrático de Derecho Penal y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada), precisar algunos conceptos en materia de seguridad electrónica y seguridad jurídica (ponencia inaugural segunda, que correrá a cargo de José María DE PABLOS O'MULLONY, registrador de la propiedad de Sevilla núm. 10 y director del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España», presentado por María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO, decana territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España). Tras estas dos ponencias se hará entrega de la distinción como miembro de Honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada a Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ, presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, a cargo de Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada.

A través de los cinco bloques temáticos y repartidos los ponentes en cinco Workshop o talleres temáticos, moderados por expertos en la materia, nos proponemos plantear y dar respuesta: (1) En primer lugar, qué es la tecnología *blockchain*: ¿Son válidos los *smart contract* con la legislación actual? ¿Cómo afrontar la ciberseguridad y asegurar la protección de datos al usar esta tecnología al contratar? ¿cómo respetar la propiedad intelectual en el mercado único digital? (2) En segundo lugar, a qué retos de futuro se enfrenta la Economía Digital y el Mercado Único Europeo: ¿cuáles serán los nuevos estándares jurídicos y tecnológicos, en la era del big data y qué iniciativas existen en materia de interconexión del Registro de la Propiedad y Mercantil?, (3) En tercer lugar, cómo está impactando el uso de la tecnología *blockchain* en las empresas, entidades financieras, notarías, registros de la propiedad, juzgados y despachos de abogados: ¿El *Blockchain* ofrece seguridad preventiva?, ¿la tokenización de activos inmobiliarios es la alternativa registral?, ¿la prueba en el proceso electrónico qué ventajas e inconvenientes plantea?, ¿cómo está impactando en los despachos de abogados y en la abogacía la era digital? (4) En cuarto lugar, cuáles son los retos

de futuro a que se enfrenta esta tecnología *blockchain* al contratar: ¿Complementará, sustituirá o transformará el actual sistema empresarial, financiero, notarial, registral y judicial actual?: ¿Las cadenas de bloques reemplazarán la función notarial y registral de derechos, tal y como están concebidos en España? ¿El control jurídico y de legalidad que realizan notarios y registradores respecto de la transacción inmobiliaria, a través del cual analizan la capacidad o el consentimiento de las partes generando confianza en los operadores económicos, está garantizado? (5) En quinto y último lugar y en materia de seguridad financiera, fiscalidad, tributación y delitos tecnológicos nos preguntaremos: ¿La transformación del dinero digital al virtual (*bitcoin*, criptomonedas, *altcoin*) es o no una realidad segura? ¿Qué ventajas fiscales y tributarias ofrecen? ¿Cómo atajar el blanqueo de capitales? ¿Qué delitos virtuales son reales? ¿A qué nuevos delitos tecnológicos nos enfrentamos? De la mano de los expertos en la materia, académicos, magistrados, notarios, jueces, abogados, empresas, entidades financieras, aseguradoras y gracias a las aportaciones de las comunicaciones presentadas al congreso y de los congresistas, trataremos de dar respuesta y sugerir algunas respuestas que nos permitan aclarar y concluir cómo impacta esta tecnología al contratar en la economía, en general, y en nuestros sistemas financiero, notarial, registral y judicial.

En la ponencia de clausura que versará sobre «*The topic of data ethics or data economy*» (ponencia que correrá a cargo de Christiane WENDERHORST, presidenta del European Law Institute (ELI), presentado por Antonio ORTÍ VALLEJO, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada, conoceremos algunos de los avances del grupo de trabajo del EII sobre *Blockchain*. A continuación, se procederá a hacer entrega de la distinción, como miembro de honor de la Cátedra de Derecho registral a Christiane WENDERHORST, presidenta del European Law Institute (ELI), a cargo de Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada.

Esperamos contar contigo en este Congreso Internacional, que se celebrará en el Paraninfo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada que pretende ser un referente en la materia.

CONGRESO INTERNACIONAL

TECNOLOGÍA *BLOCKCHAIN* EN LA CONTRATACIÓN

Impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial

Organiza:

Facultad de Derecho

Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Colaboran:

Ayuntamiento Granada
Alastra (National Blockchain Ecosystem)
Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España
Consejo General del Notariado
Consejo General de la Abogacía
Ilustre Colegio Nacional de Economistas
Ilustre Colegio de Registradores de Andalucía Oriental
Ilustre Colegio Notarial de Andalucía
Ilustre Colegio de Abogados de Granada
Ilustre Colegio de Economistas de Granada
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía
Departamento de Derecho Civil
Departamento de Derecho Mercantil y Derecho Romano
Proyecto I+d+i «Marco Jurídico de la Economía Colaborativa: la protección del usuario»
Unidad de Excelencia de Investigación «Sociedad Digital: Seguridad y Protección de Derechos»
Grupo BAES Blockchain Lab
Editorial Thomson Reuters Aranzadi

10 y 11 de octubre de 2019

Parainfo de la Facultad de Derecho. UGR.

Solicitados 1,5 créditos ECT en el Grado en Derecho, Dobles grado en Derecho y ADE, Derecho y CCPP, Grado en Derecho y Administración de Empresas y Marketing e investigación de Mercados.

Se entregará certificado de asistencia a quien lo solicite

Presentación Comunicaciones:

<http://cdrugr.com/category/congresos/> comunicacionescongresoblock-chain2019@gmail.com

Dirección:

Miguel OLMEDO CARDENETE

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

Directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Comité de Honor:

Pilar ARANDA RAMÍREZ

Rectora Magnífica de la Universidad de Granada

Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO
Catedrático de Derecho civil
Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Carlos CARNICER DÍEZ
Presidente del Consejo General de la Abogacía

Christiane WENDERHORST
Presidenta del *European Law Institute* (ELI)

Mario DRAGHI
Presidente del Banco Central Europeo

Maria EMILIA GONZÁLEZ
Decana-Presidenta del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

Javier GÓMEZ GÁLLIGO
Registrador de la Propiedad
Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

José MARQUEÑO DE LLANO
Presidente de la Unión Internacional del Notariado Latino

Enrique HERRERA VIEDMA
Catedrático de Ciencias de la Computación de la Universidad de Granada
Vicerrector de investigación y transferencia de la Universidad de Granada

Luis HINOJOSA MARTÍNEZ
Presidente de la «European Society of International Law» (ESIL)

Victoria ORTEGA BENITO
Presidenta del Consejo General de la Abogacía

José Ángel MARTÍNEZ SÁNCHEZ
Presidente del Consejo General del Notariado
Decano del Ilustre Colegio Notarial de Madrid

Francisco MARÍN CASTÁN
Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo
Miembro de Honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Valentín PICH ROSELL
Presidente del Consejo General de Economistas

Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla
Miembro de honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Juan Antonio XIOL RÍOS
Magistrado del Tribunal Constitucional
Miembro de honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Comité Científico:
Leandro CABRERA MERCADO
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

Pablo DE ANGULO RODRÍGUEZ
Ex-Decano Territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

José María DE PABLOS O'MULLONY
Registrador de la propiedad de Sevilla núm. 10

José María ESCUDERO SANTOS
Decano del Colegio de Economistas de Granada

José Luis LLEDÓ GONZÁLEZ
Decano del Ilustre Colegio de Notarios de Andalucía
Vicepresidente del Consejo General del Notariado

Pedro José MALDONADO ORTEGA
Notario de Jimena (Jaén)

María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO
Decana territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España

Alberto SALAS MARTÍNEZ
Diputado responsable de NNTT del Ilustre Colegio de Abogados de Granada

Antonio ORTI VALLEJO
Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada

José Luis PÉREZ SERRABONA-GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho mercantil
Director del Departamento de Derecho mercantil y Derecho romano de la
Universidad de Granada

Lázaro RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Catedrático de Economía de la Universidad de Granada y
Director de la Cátedra de Empresa Familiar

D. José Antonio RUIZ-RICO
Registrador-coordinador de la Cátedra de Derecho registral de la Univer-
sidad de Granada

Dña. Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN
Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Granada

Tribunal de Comunicaciones:

Presidenta

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA. Catedrática de Derecho civil
y Directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Vicepresidente

José Antonio RUIZ-RICO MÁRQUEZ. Registrador-coordinador de la Cá-
tedra de Derecho registral de la Universidad de Granada

Vocales

1. Eduardo ENTRALA BUENO. Registrador de la propiedad de Mojacar
2. José Luis PÉREZ SERRABONA-GONZÁLEZ. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Granada.
3. Julia RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN. Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Granada. Directora del Departamento de Derecho
4. Lázaro RODRÍGUEZ MARTÍNEZ. Catedrático de Economía de la Uni-
versidad de Granada.
5. María Teresa BAREA MARTÍNEZ. Notaria de Granada
6. Alberto SALAS MARTÍNEZ. Diputado Responsable de NNTT del Ilustre
Colegio de Abogados de Granada.
7. Pedro José MALDONADO ORTEGA. Notario de Jimena
8. Cristina PALMA LÓPEZ, registradora de la propiedad del Registro
núm. 6 de Granada
9. Joaquín Vicente GARCÍA AIVAR, vocal 1.º JG, economistas, abogado
y auditor de cuentas.

Jueves, 10 de octubre de 2019.

8.30 horas. Entrega acreditación

9.00 h. Inauguración del Congreso

Intervención de la Sra. Rectora de la Universidad de Granada
Pilar ARANDA RAMÍREZ

Intervención del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía,
Ceuta y Melilla
Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ

Intervención del Sr. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Granada.
Miguel OLMEDO CARDENETE

Intervención de la Sra. Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad,
Mercantiles y de Bienes Muebles de España
María Emilia ADÁN GARCÍA

Intervención del Presidente del Consejo General del Notariado y
Decano del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid
José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ

Intervención del Sr. Decano del Colegio de Abogados de Granada,
Leandro CABRERA MERCADO

Intervención de la Sra. Directora de la Cátedra de Derecho registral de la
Universidad de Granada
Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA

PONENCIAS INAUGURACIÓN

«*Política europea sobre Blockchain*». Luis HINOJOSA MARTÍNEZ. Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Granada y Presidente de la «*European Society of International Law*» (ESIL).

Presenta: Miguel OLMEDO CARDENETE. Catedrático de Derecho penal y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

«*Tecnología Blockchain. Seguridad electrónica y seguridad jurídica*». José María DE PABLOS O'MULLONY. Registrador de la propiedad de Sevilla núm. 10 y director del Servicio de Sistemas de Información del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Presenta: María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO. Decana territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Entrega de la distinción como miembro de Honor de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada a Lorenzo DEL RÍO FERNÁNDEZ presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, a cargo de Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada.

11:00-11:30. Pausa Café

11:30-13:30 horas

BLOQUE TEMÁTICO I. QUÉ ES LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

Workshop 1. Protección de datos, *Smart Contract* y Ciberseguridad en la Tecnología *Blockchain*.

«*Tecnología Blockchain: la Ciberseguridad también me afecta*». Eduardo SÁNCHEZ. Ingeniero Informático de la Universidad de Córdoba.

«*Protección de datos y Blockchain*». Borja ADSUARA VARELA. Profesor en la Universidad Complutense, abogado y consultor. Experto en Derecho, Estrategia y Comunicación Digital. Miembro de ENATIC.

«*Smart contract que se ejecutan en la cadena de bloques*». Antonio LEGERÉN-MOLINA. Profesor Contratado-Doctor Derecho civil. Universidad de La Coruña.

Modera: Antonio ORTÍ VALLEJO. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada.

17:00-19:00 horas

BLOQUE TEMÁTICO II. CUAL ES EL MARCO LEGAL APLICABLE A LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

Workshop 2. Retos a que se enfrenta la Economía Digital

Nuevos estándares jurídicos y tecnológicos en el Mercado Único Digital». Carmen PASTOR SEMPERE. Directora del laboratorio interuniversitario de *Blockchain* BAES y profesora de Derecho Mercantil de la Universidad de Alicante.

«*El Registro de la Propiedad y Mercantil en la era del Big Data. Iniciativas europeas de interconexión de registros*». María Teresa TOURIÑAN. Registradora de la propiedad de Villalba.

«*De los contratos inteligentes (smart contracts) a los contratos legales inteligentes: problemática técnico-jurídica*». María Jesús JIMÉNEZ LINARES. Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Granada.

Moderador: José Luis PÉREZ SERRABONA-GONZÁLEZ. Catedrático de Derecho mercantil de la Universidad de Granada.

19:00-19:30 horas

Defensa de Comunicaciones

Viernes, 11 de noviembre de 2019

BLOQUE III. IMPACTO DE LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN EN EL SISTEMA EMPRESARIAL, FINANCIERO, NOTARIAL, REGISTRAL Y JUDICIAL

9:00-11:30 horas

Workshop 3. Cómo está impactando el uso de la tecnología *Blockchain* en notaría, registros de la propiedad, juzgados y despachos de abogados.

«*Blockchain y seguridad preventiva*». Luis FERNÁNDEZ BRAVO. Decano del Colegio Notarial de Castilla La Mancha y Notario de Puertollano (Ciudad Real)

«*Blockchain y Registro de la Propiedad, un estudio de la tokenización de Activos Inmobiliarios y su Protección*». Jimena CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, registradora de la propiedad de San Lorenzo del Escorial, núm. 3 y Jesús SIEIRA GIL, registrador de la propiedad y mercantil de Palma de Mallorca, núm. 3.

«*La prueba electrónica en el proceso*». Pedro José MALDONADO ORTEGA. Notario de Jimena (Jaén).

«*Impacto del Blockchain en los despachos de abogados: la abogacía en la era digital*». Miguel HERMOSA. Abogado. Valladolid.

Moderador: María Teresa BAREA MARTÍNEZ. Vicedecana del Ilustre Colegio Notarial de Granada. Notaria de Granada.

11:30-12:00 horas. Pausa. Café.

12:00-14:00 horas

BLOQUE IV. RETOS DE FUTURO A QUE SE ENFRENTA EL SISTEMA EMPRESARIAL, FINANCIERO, NOTARIAL, REGISTRAL Y JUDICIAL AL IMPLANTAR LA TECNOLOGÍA BLOCKCHAIN

Workshop 4. ¿Complementará, sustituirá o lo transformará?

«*Tecnología Blockchain en Empresas*». Montse GUARDIA GÜEL. Directora general de *Alastria Blockchain Ecosystem*.

«*Blockchain y contratación desde el punto de vista del notariado*». José Carmelo LLOPIS BENLLOCH. Responsable de nuevas tecnologías en el Colegio Notarial de Valencia.

«*Blockchain y Registro de la Propiedad*». Silvino NAVARRO GÓMEZ-FERRER. Vicedecano del Colegio de Registradores para Valencia y Castellón. Registrador de la propiedad, mercantil y de bienes muebles.

Modera: Enrique MASIDE PÁRAMO. Registrador de la propiedad de Amurrio. Director de Relaciones Internacionales del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

17:00-19:00 horas

BLOQUE TEMÁTICO V. SEGURIDAD FINANCIERA, FISCALIDAD Y DELITOS TECNOLÓGICOS EN LA SOCIEDAD DIGITAL

Workshop 5. Fiscalidad y delitos tecnológicos en la tecnología *Blockchain*

«*Fiscalidad y Blockchain*». Carlos COLOMER FERNANDIZ. Inspector de Hacienda.

«*Criptomonedas, tributación y contabilidad*». Miguel Ángel CRESPIÓN GARCÍA. Economista, auditor de cuentas y Profesor asociado del Departamento de Contabilidad y Economía Financiera de la Universidad de Córdoba.

«*Delitos tecnológicos*». Francisco HERNÁNDEZ GUERRERO. Fiscal en delitos financieros, Blockchain en empresas y entidades financieras.

«*Delitos virtuales y delitos reales*». Juan Miguel DEL CID. Catedrático de Escuela de la Universidad de Granada.

Modera: Miguel OLMEDO CARDENETE. Catedrático de Derecho penal y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

19:30-20:00 horas

20:00-21:00 horas

CLAUSURA DEL CONGRESO

Miguel OLMEDO CARDENETE. Catedrático de Derecho penal y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada.

María Emilia ADÁN. Decana del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

María del Rosario JIMÉNEZ RUBIO. Decana territorial de Andalucía Oriental del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ. Presidente del Consejo General del Notariado y decano del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid.

Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA. Catedrática de Derecho civil y directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada.

Antonio ORTI VALLEJO. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada.

Christiane WENDERHORST. Presidenta del *European Law Institute* (ELI)

PONENCIA DE CLAUSURA

«*The topic of data ethics or data economy*»

Christiane WENDERHORST. Presidenta del *European Law Institute* (ELI)

Presenta: Antonio ORTI VALLEJO. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Granada.

Entrega de la distinción como miembro de honor de la Cátedra de Derecho Registral a Christiane WENDERHORST. Presidenta del *European Law Institute* (ELI), a cargo de Inmaculada SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, Directora de la Cátedra de Derecho registral de la Universidad de Granada.

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

COSTAS RODAL, Lucía. *Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso*¹. Aranzadi, Thomson Reuters, Pamplona, 2018.

por

LAURA CABALLERO TRENADO

Profesora. Doctora. Universidad Internacional de La Rioja

La intimidad es un concepto de difícil definición y alcance, tanto para el legislador que, en desarrollo del precepto constitucional 18.1, dictó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen —un marco normativo parco—, como para los jueces en la ardua tarea de delimitar los elementos configuradores de este derecho.

El amplio espectro de dispositivos susceptibles de invadir la intimidad de una persona ha sido fuente de inquietud para el legislador. En el ámbito civil, este desvelo cristaliza en la inserción de un catálogo de definiciones *ex* artículo 7 de la precitada Ley Orgánica, cuya rúbrica es «intromisiones ilegítimas».

Puede afirmarse que una de las fuentes principales de límites al derecho a la intimidad emana de su colisión con las libertades informativas, en cuyo favor han basculado criterios de ponderación como el interés general o la relevancia pública.

La casuística que hay en torno al derecho a la intimidad y sus límites es ingente. Salvo el contenido en el apartado tercero del artículo 18 —que consagra el derecho al secreto de las comunicaciones—, y que actuaba como límite infranqueable hasta la STJUE C-207/16, de 2 de octubre de 2018, sobre acceso de las autoridades nacionales a los datos para la investigación de un delito, no hay doctrina jurisprudencial consolidada en otras muchas cuestiones fronterizas, lo que pone de relieve la complejidad que supone concretar los límites del poliédrico derecho fundamental a la intimidad cuando se trata de desentrañar el sacrificio del mismo en su colisión con otros bienes o derechos de rango constitucional.

De ello se ocupa, precisamente, la monografía *Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso*, de Lucía COSTAS RODAL, un estudio minucioso y exhaustivo acerca de la delicada interrelación entre los derechos a la intimidad personal y familiar; de un lado, y a la prueba, de otro, así como del *corolario* de conductas susceptibles de generar intromisiones ilegítimas en el mismo.

Completa el elenco de la materia objeto de análisis la colisión del derecho a la intimidad con otro derecho, también de amparo constitucional, que, aunque conectado con la intimidad, tiene carácter autónomo: el derecho a la protección de datos en el concreto supuesto de la grabación continuada de imágenes de forma automática a través de sistemas de videovigilancia.

Planteada en cinco capítulos, la autora realiza una revisión de la concepción dogmática del derecho a la intimidad personal y familiar desde el análisis

normativo, estudio que se completa con la doble perspectiva doctrinal científica y jurisprudencial.

Bajo la rúbrica «el derecho a la intimidad como objeto de protección frente a la grabación de imagen y sonido», el *Capítulo II* (el primero está planteado a modo de «Introducción») incluye un estudio a la intimidad como derecho fundamental.

La sistematicidad de la exposición sigue el tenor literal del precepto constitucional y sus distintos apartados, que se desgranar en el reconocimiento constitucional del derecho —formulado en el apartado primero—, así como en la inviolabilidad de domicilio (apartado segundo), secreto de las comunicaciones (tercero) y la protección de datos de carácter personal frente a la grabación de imágenes y sonidos (cuarto).

La profundización en el núcleo del derecho se completa con un análisis del significado del reconocimiento constitucional del derecho, cuyo origen sitúa acertadamente la autora en el estudio doctrinal —titulado *The Right to Privacy*— firmado por WARREN y BRANDEIS en la *Harvard Law Review* en diciembre de 1890. Cierra este *Capítulo* la cuestión de la protección civil del derecho, que incluye una exégesis del precepto séptimo de la LO/1982, en el que se contienen las manifestaciones de la vida privada, personal y familiar, la materialización de la invasión en el derecho a la intimidad mediante la técnica de la grabación y, por último, el juicio de veracidad.

En relación a este último aspecto, en línea continuista con la tesis defendida por el TC, que ha mantenido en doctrina constante que el juicio de veracidad de la información que invade la esfera de lo íntimo no transforma en legítima la invasión, la autora defiende que «precisamente porque la veracidad no es un paliativo de la lesión del derecho a la intimidad, hay que señalar que, en los casos tan frecuentes de colisión entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, la veracidad de la información transmitida debe ser indiferente en el correspondiente juicio de ponderación entre los derechos fundamentales en conflicto cuando la veracidad de esa información no se discute» (COSTAS RODAL, 2018: 60).

Precisamente, en fechas recientes, el Alto Tribunal ha vuelto a pronunciarse en una resolución de febrero de 2019 (STC 25/2019, de 25 de febrero), en la que excluye, por regla general, el uso de la cámara oculta como medio periodístico al considerarlo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

En el *Capítulo III*, el más breve de la obra presente, la autora profundiza en la autonomía de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 18.1 CE. También, en aras de la sistematicidad, acierta en este caso la autora al alterar el orden de exposición de la delimitación del derecho a la intimidad con el resto de derechos, en un relato que orilla la literalidad del precepto para ocuparse, en primer lugar, de los límites entre la intimidad y propia imagen, de la autonomía de este último y, seguidamente, de las grabaciones, pues todos ellos conforman el núcleo del objeto de esta investigación.

En último lugar, pues, COSTAS RODAL dedica en apretada síntesis una reflexión breve acerca de la delimitación entre el derecho a la intimidad y el derecho al honor; ello se justifica en el hecho de que la incidencia del derecho al honor es menor que la problemática que se aborda en el presente estudio, pero no por ello tiene menos enjundia.

La conexión entre los derechos a la intimidad y el honor puede darse, por ejemplo, «en el caso de que se difunda o publique una información de la persona de carácter íntimo, sea o no de forma gráfica, que origina a su vez una lesión en su derecho al honor»².

En efecto, esta conexión es cada vez más frecuente e intensa. Probablemente por razones temporales, la autora no ha incluido jurisprudencia reciente sobre esta cuestión. Por ejemplo, la STS 476/2018, de 20 de julio, en la que, a propósito de un recurso de casación, el Alto Tribunal se pronuncia sobre si la difusión de fotografías en redes sociales vulnera los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del actor; la Sala desestima la vulneración del derecho al honor y avala la difusión de imágenes porque ya se habían publicado con el consentimiento del actor en una conocida red social (se ampara en lo que denomina «usos sociales de Internet»), pero estima que hay una intromisión a la intimidad de aquel.

El honor es también un concepto polisémico de base y un concepto jurídico indeterminado. «El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante» —tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional— «y, en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento» (STC 185/1989, de 13 de noviembre).

Al igual que en el caso de la intimidad, tan amplia es la casuística sobre el derecho al honor que aún hoy sigue habiendo cuestiones sobre las que no hay doctrina consolidada (dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional en un mismo sentido). Por ejemplo, sobre la hipotética posibilidad de las personas de Derecho Público de recurrir en amparo en el caso de una eventual vulneración en su derecho al honor.

Para COSTAS RODAL, «el honor protege a la persona, física o jurídica frente a atentados a su reputación personal entendida como la consideración que los demás tienen sobre su persona [...]»³. Sin embargo, tanto el TS como, sobre todo, el TC, han matizado que la titularidad del derecho al honor corresponde a las personas físicas y jurídico-privadas, por lo que las personas jurídico-públicas están ayunas de la titularidad del derecho precitado, con las consecuencias sustantivas y procesales que ello comporta.

Esta circunstancia puede cambiar, no obstante. Por ejemplo, en la STS 408/2016, de 15 de junio, que traemos a colación porque no está en la obra. En la citada resolución se afirma que las personas jurídicas de Derecho Público solo poseen prestigio, autoridad moral y dignidad, que son valores que tienen protección penal. Sin embargo, al desposeerlas de la titularidad del derecho, carecen de la vía expedita que reconoce el artículo 53.2 CE (nada menos que el recurso de amparo), una importante ventaja procesal reconocida a las personas físicas y, desde 1995, a las personas jurídico-privadas.

Coincidimos con la línea seguida por el fiscal en la resolución de junio de 2016, que propone el reconocimiento de la titularidad del derecho a las personas de Derecho Público. Al menos, pensamos que debería reconocerse a aquellas de sustrato privado, que en el conjunto de las AAPP no son pocas; no puede descartarse un *overruling* constitucional sobre esta cuestión, pues los giros jurisprudenciales respecto al derecho al honor no son ajenos a este órgano jurisdiccional (por todas, STC 216/2013, de 19 de diciembre).

Aunque la afirmación precedente nos sitúe en una tesis minoritaria (ya lo advirtió LORD REID: «debemos encontrar una vía intermedia que prevenga que el precedente sea nuestro dueño»), contribuye a nuestra convicción la ausencia de doctrina consolidada. Además, para franquear el pórtico de la admisión del amparo tras la reforma operada por el legislador de 2007, que endurece los requisitos de procedibilidad, la obligación de motivar la «especial relevancia constitucional» cristaliza en una oportunidad.

A pesar de este *lapsus calami*, la posición de la autora ante esta y otras cuestiones es firme y valiente. El texto, que avanza en fluidez, incluye una abundantí-

sima selección doctrinal de nuestros tribunales nacionales e internacionales, que contribuye a aclarar numerosas cuestiones allí donde la legislación es insuficiente.

La jurisprudencia sobrevuela toda la obra, pero es especialmente rica en el *Capítulo IV*. Titulado «La limitación del derecho a la intimidad por razón de la prueba en el proceso de las grabaciones audiovisuales», es el más extenso y acabado de este estudio.

Especialmente sólido es el análisis que la autora lleva a cabo sobre la posición del TJUE acerca de la problemática inherente en el caso del tratamiento de imágenes con fines de videovigilancia y la protección de datos personales, asunto que aborda en el *Capítulo V* («videovigilancia: derechos a la intimidad y a la protección de datos personales frente a la grabación de imágenes con finalidad de prueba»).

Los sistemas de videovigilancia pueden comprometer el derecho a la intimidad que, en el caso de que tengan una finalidad probatoria, hay que realizar una labor de ponderación en virtud del principio de intervención mínima, pero también pueden invadir el derecho a la protección de datos; la imagen de una persona grabada por una cámara tiene encaje en la definición que sobre tales datos proporciona el Reglamento UE 2016/679, General sobre Protección de Datos.

Estos sistemas se han extendido al ámbito de la empresa, aspecto que se trata en el último *Capítulo* del libro («videovigilancia en la empresa: derecho a la intimidad y derecho a la protección de datos en el marco de una relación laboral»). En el *Capítulo* destaca el riguroso y detallado análisis de la doctrina constitucional y, sobre todo, del TEDH, órgano jurisdiccional que ha dictado una resolución importante en esta materia.

En efecto, se trata de la STEDH 12181/2018, de 9 de enero, que declara la vulneración del derecho a la intimidad y a la privacidad personal de unas empleadas de un supermercado descubiertas robando en el establecimiento de trabajo por la instalación por parte del empleador de cámaras ocultas. El TEDH tiene en cuenta, para llegar a tal conclusión las SSTC 186/2000, de 10 de julio, 29/2013, de 11 de febrero y 39/2016, de 3 de marzo, cuya doctrina queda afectada por esta Decisión.

La entrada en vigor del RGPD el 25 de mayo de 2018 supone la apuesta del legislador europeo por un estándar elevado de protección, pero su ejecución resulta compleja e implica numerosísimos desafíos para los operadores jurídicos. Por ejemplo, a finales de marzo de 2017, el legislador estadounidense tumba la ley más importante en materia de privacidad, haciendo realidad la profecía realizada por el fundador de *Facebook* a principios de 2010: «*Privacy is dead, get over it*».

Con estos mimbres, la pugna por la prevalencia de un estándar u otro está servida, lo que pone de relieve que la delicada interrelación de los derechos involucrados es una cuestión porosa y está viva. Es difícil conocer de antemano cuál se impondrá, puesto que también para los anglosajones, que habían entronizado la privacidad («*My home is my castle*») sobre una fortaleza inexpugnable, su garantía parece licuarse.

En «tiempos líquidos», como diría el famoso sociólogo ZIGMUNT BAUMANN, es especialmente importante contar con referencias sólidas. El derecho a la intimidad está alabrado de cuestiones contingentes y fronterizas, de ahí que esta obra, que atesora excelencia, resulte muy ilustradora y útil para juristas, docentes e investigadores.

NOTAS

¹ COSTAS RODAL, L. (2018): *Intimidad, grabación de imagen y sonido y prueba en el proceso*. Madrid: Aranzadi.

² *Op. cit.*

³ *Ibidem.*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en www.apastyle.org.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial Nombre y Apellido (ed./dir./coord.), Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DIAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página).

La cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444



9 770210 044002