

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCV •

Mayo-Junio

• Núm. 773

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 • Mayo-Junio 2019 • Núm. 773

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

- AGUIRRE FERNÁNDEZ, Basilio J.: «Designación de los árbitros: principios y mecanismos que garantizan su imparcialidad. Referencia al ejercicio de funciones arbitrales por registradores de la propiedad y notarios» / *Designation of the arbitrators: principles and mechanisms to guarantee their impartiality. Arbitration by land registrars and notaries*..... 1105
- CASADO CASADO, Belén María: «Eficacia del pacto de asunción de deuda hipotecaria entre esposos, codeudores solidarios» / *Effectiveness of the mortgage debt assumption agreement between spouses, solidarity co-debtors*..... 1183
- HERBOSA MARTÍNEZ, Inmaculada: «Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en que se admiten y alcance de su función» / *The integration of the contract by means of objective criteria: cases in which they are admitted and the scope of their function* 1215

ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES

- FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (II): El principio de legalidad: la calificación registral gráfica» / *The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24 (II): The principle of legality: the graphic registration qualification* 1249

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- DURÁN RIVACOBRA, Ramón: «Derecho Civil Histórico de Castilla y Constitución (Actual vigencia de "Los Estados del Duque de Medinaceli")» / *Historic Law of Castilian versus Constitution* 1301

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Marta, ALFARO GUILLÉN, Yanet, ROSA-BAL ROBAINA, Yuniel: «Publicidad, seguridad jurídica y tercero inmobiliario. Apuntes teóricos y jurisprudenciales de cara al debate de su necesaria protección en Cuba» / *Advertising, legal certainty and third party real estate. Theoretical and jurisprudential notes for the debate on its necessary protection in Cuba* 1347

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 1379

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**1. DERECHO CIVIL:****1.1. Parte general:**

- «La guarda para la adopción y las relaciones personales de menores «preadoptados» con la familia biológica» / *The guard for the adoption and personal relations of minors with the biological family*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE 1457

1.2. Derecho de familia:

- «La pensión compensatoria y su situación actual: cuestiones jurisprudenciales» / *The compensatory pension and its current situation: jurisprudential issues*, por Juan Faustino DOMÍNGUEZ REYES 1470

1.3. Derechos reales:

- «Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendaticio» / *The right of first offer of the tenant*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 1500

1.4. Sucesiones:

- «Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común» / *Lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy: the false cause as motive and the analogical application of the 767 in the ordinary law*, por M^a Fernanda MORETÓN SANZ 1520

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Los intereses de demora en la jurisprudencia y en la ley de contratos de crédito inmobiliario» / *The delay interests in the jurisprudence and in the Act 5/2019 of real estate credit contracts*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO 1546

1.6. Responsabilidad civil:

- «Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género» / *Civil liability and consequences for breaching the duty of fidelity: a gender issue*, por Esther MONTERROSO CASADO 1558

1.7. Concursal:

- «Breve introducción al fenómeno del *crowdfunding* inmobiliario en España» / *Brief introduction to the phenomenon of real estate crowdfunding in Spain* por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS 1577

2. MERCANTIL:

- «Reparto de gastos hipotecarios» / *Distributions of mortgage expenses* por Francisco REDONDO TRIGO 1602

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

- «Procedimiento expropiatorio de fijación de justiprecio y doble inmatriculación» / *Valuation procedure regarding expropriated assets and double registration*, por Vicente LASO BAEZA 1620

4.1. DERECHO BANCARIO

- «Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios» / *The recent jurisprudence of the Supreme Court of Spain concerning unfair contract terms, especially referred to mortgage loans*, por José María BLANCO SARA-LEGUI y Raquel BLÁZQUEZ MARTÍN 1632

4.2. DERECHO BANCARIO

- «Nulidad de la condición general de asunción de gastos de los préstamos hipotecarios y consecuente distribución y devolución 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» / *Nullity of the general condition of costs assumption in mortgage loans and its corresponding distribution and payment (notary and registry of the execution and the cancellation of the mortgage, appraisal and agency's service costs) according to the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, January 23rd 2019 and the remaining case law rendered by the said Court and lower courts*, por Héctor Daniel MARÍN NARROS 1651

ACTUALIDAD JURÍDICA / LEGAL NEWS

Información de actividades 1691

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION

«*La partición convencional*», de Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA, por Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO 1697

«Las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del Derecho y la jurisprudencia Comunitaria y Española», de P. AMAT LLOMBART, por Laura ZUMAQUERO GIL 1699

ESTUDIOS

Designación de los árbitros: principios
y mecanismos que garantizan
su imparcialidad. Referencia al
ejercicio de funciones arbitrales por
registradores de la propiedad
y notarios

*Designation of the arbitrators:
principles and mechanisms to
guarantee their impartiality.
Arbitration by land registrars
and notaries*

por

BASILIO J. AGUIRRE FERNÁNDEZ
Registrador de la propiedad/Land registrar

RESUMEN: El arbitraje, como sistema de resolución alternativa de controversias, está basado en la confianza de los que a él acuden. Para conseguir esa confianza es imprescindible que el proceso de designación de los árbitros respete el principio de igualdad de las partes. Los árbitros serán nombrados con sujeción a lo previsto por los que se someten al arbitraje, a lo establecido en el reglamento de la institución arbitral y, cuando ello no sea posible, a través del

procedimiento judicial previsto en la Ley. También están legalmente previstos los mecanismos para garantizar la independencia e imparcialidad de los árbitros. Los registradores y notarios pueden actuar como árbitros, pero, dadas las diferencias en su régimen de actuación profesional, los requisitos de independencia e imparcialidad se verán mucho más comprometidos en el caso de los notarios.

ABSTRACT: Arbitration, as alternative dispute resolution systems, is based on the parties' trust. In order to achieve this trust, it is essential to respect the principle of equality of the parties at the process of appointment of the arbitration. Arbitrators shall be appointed subject to the provisions of the parties, to the provisions of the regulations of the arbitration institution and, when this is not possible, through the judicial procedure provided for in the Law. Moreover, there are some other legal mechanisms to guarantee the independence and impartiality of the arbitrators. Land registrars and notaries are legally allowed to act as arbitrators, but, due to their professional performance regime, independence and impartiality are much more compromised in the case of the notaries.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje. Imparcialidad. Independencia. Registradores de la propiedad y notarios.

KEY WORDS: Arbitration. Impartiality. Independence. Land registrars and notaries.

SUMARIO: I. CONCEPTO, FINALIDAD Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE: 1. CONCEPTO Y FINALIDAD. 2. ENCAJE CONSTITUCIONAL.—II. REQUISITOS NECESARIOS PARA SER ÁRBITRO: 1. REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY. 2. ARBITRAJES EN DERECHO. 3. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y NOTARIOS.—III. SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS: 1. ARBITRAJE INSTITUCIONAL. 2. ARBITRAJE *AD HOC*. 3. PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ÁRBITROS: A) *Tribunal competente*. B) *Presupuestos que han de concurrir para poder solicitar la designación judicial del árbitro*: a) Que no se trate de un arbitraje administrado. b) Que exista un convenio arbitral: a') Existencia del convenio arbitral: b') Las partes han de estar vinculadas por el convenio. Especial referencia a los casos en los que el convenio está inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil: c') ¿Puede el juez analizar la validez del convenio arbitral? c) Que no exista un sistema pactado en el convenio para la designación de los árbitros. d) Que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros conforme al procedimiento previsto en el convenio. C) *Tipo de procedimiento*. D) *¿Cómo se nombran los árbitros?*: a) ¿Quién hace el nombramiento? b) Forma de elegir a los árbitros. 4. CONSTAN-

CIA REGISTRAL DEL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS: A) *Efectos de la constancia registral del nombramiento de los árbitros.* B) *Premisa necesaria para hacer constar registralmente el nombramiento de los árbitros.* C) *Título formal necesario:* a) Identificación de los árbitros en el convenio arbitral. b) De forma simultánea a la práctica de una anotación preventiva. c) Que el nombramiento se realice después de que ya conste en el Registro la correspondiente anotación preventiva.—IV. EXIGENCIA DE IMPARCIALIDAD: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. ¿CÓMO REGULA LA IMPARCIALIDAD LA LEY DE ARBITRAJE? 3. IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO. 4. IMPARCIALIDAD DE LA INSTITUCIÓN ENCARGADA DE ADMINISTRAR EL ARBITRAJE. 5. EL INSTRUMENTO DE LA RECUSACIÓN. 6. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO.—V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE REGISTRADORES Y NOTARIOS: 1. DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO DE AMBAS FUNCIONES. 2. EL CASO OBJETO DE LA SENTENCIA. 3. IMPARCIALIDAD DE LOS REGISTRADORES.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONCEPTO, FINALIDAD Y FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

1. CONCEPTO Y FINALIDAD

El arbitraje es uno de los denominados sistemas de resolución alternativa de conflictos (por sus siglas en inglés, ADR). Se trata de un mecanismo por el que las partes deciden libremente solventar sus controversias al margen del sistema jurisdiccional del Estado, encomendando a un tercero neutral (árbitro) la decisión que ponga fin al conflicto.

De una manera más minuciosa, señalan MERINO MERCHÁN y CHILLÓN MEDINA¹: «*se puede definir el arbitraje como la institución jurídica por la que dos o más personas establecen que una cierta controversia específicamente determinada o por determinar, existente o futura entre ellas, sea resuelta conforme a un procedimiento legalmente establecido, por tercero o terceros, a los que se designan voluntariamente y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea esta dictada conforme a Derecho, ya conforme a equidad, y a la que el ordenamiento le otorga el carácter de título decisorio y ejecutivo*».

Las razones que mueven a las partes de una relación jurídica a someter sus controversias a arbitraje son muy variadas. Generalmente se hace alusión a la mayor celeridad que suele caracterizar al arbitraje frente a la jurisdicción, celeridad que además implica un ahorro de costes. También existen razones relacionadas con la búsqueda de un mayor grado de confidencialidad. Y, por supuesto, en el caso de los arbitrajes internacionales, la gran flexibilidad que ofrece el arbitraje para la fijación de la ley aplicable en la resolución del conflicto.

En todo caso, lo que sí parece evidente, es que, dado que el arbitraje está basado en la libre decisión de las partes, solo será viable si los que optan por este sistema de resolución de controversias tienen plena confianza en los árbitros. Y esa confianza se asienta en dos factores: la competencia técnica de los mismos y su absoluta imparcialidad. Como afirma MATHEUS LÓPEZ², *«la selección del árbitro es la parte más importante del arbitraje y afecta diversos temas axiales de este. Por ello, bien reza un viejo adagio de origen francófono “Tant vaut l’arbitre, tant vaut l’arbitrage”, o lo que es lo mismo en inglés y en castellano, “An arbitration is only as good as the arbitrator”, “El arbitraje vale lo que vale el árbitro”»*.

La competencia técnica de los árbitros, como es obvio, quedará acreditada por los títulos académicos, por las publicaciones científicas, por la experiencia contrastada en la resolución de conflictos relacionados con el objeto de la controversia... En el caso del arbitraje administrado, corresponde un importante papel a las instituciones arbitrales en el establecimiento de filtros de calidad que garanticen que en su nómina de árbitros figuran solo personas adecuadamente preparadas para dicha función.

Más delicada es la cualidad de la independencia e imparcialidad de los árbitros. Según el diccionario de la RAE, imparcialidad se define como: «Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud». Como señala MATHEUS LÓPEZ³, debe distinguirse entre dos conceptos: «La independencia (factor objetivo) se refiere a la posición o situación del árbitro (relativa a sus relaciones). La imparcialidad (factor subjetivo) importa una actitud de naturaleza intelectual o psicológica por parte del árbitro (relativa a un estado de la mente)».

En cualquier caso, y aunque parece que no resulta fácil saber si alguien es imparcial o no, lo cierto es que la tacha de parcialidad de un árbitro tiene importantes consecuencias en el procedimiento arbitral y puede llegar a provocar la anulación del laudo.

A lo largo de las próximas páginas voy a tratar de aclarar qué criterios y qué procedimientos se han de seguir para la designación de los árbitros. Haré hincapié en el requisito de la imparcialidad, con especial referencia, desde este punto de vista, a la posibilidad de actuación como árbitros de notarios y registradores. Pero, antes de nada, conviene ubicar el arbitraje en el marco de nuestra Constitución.

2. ENCAJE CONSTITUCIONAL

La Constitución ha configurado la función jurisdiccional como un auténtico poder (art. 122). Desde esa perspectiva institucional, ha atribuido a jueces y magistrados la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3).

Igualmente ha establecido entre los derechos fundamentales el de que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1). Pero al mismo tiempo, y no con menor peso o relevancia, ha consagrado como uno de los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, que ha de ser promovido en un Estado social y democrático de Derecho, el de la libertad de los ciudadanos (art. 1.1). También ha ordenado a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad sea real y efectiva, y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2).

Por todo ello el Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones⁴ en relación con el sometimiento de controversias al arbitraje que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de este ejercicio⁵.

Consecuentemente, las personas, en ejercicio de esa libertad, pueden decidir que las controversias que surjan entre ellas sobre determinadas relaciones jurídicas sean resueltas al margen del aparato jurisdiccional, por medio de un tercero. Y los poderes públicos, no solo deben respetar esa decisión, sino que también han de disponer los instrumentos necesarios para que ese mecanismo de resolución de disputas sea efectivo.

Precisamente por ello, la Ley de Arbitraje (en adelante LA) ha establecido normas que ponen a disposición del procedimiento arbitral la colaboración de los órganos jurisdiccionales⁶, colaboración indispensable para que el procedimiento pueda desarrollarse adecuadamente y la solución que se acuerde sea de verdad efectiva. En concreto:

- Prevé la fuerza vinculante del convenio arbitral entre las partes que lo han firmado, impidiendo que los tribunales conozcan del asunto. Así, el artículo 11 comienza señalando: «El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria».

- En el momento inicial del procedimiento, y para evitar su bloqueo por las eventuales discrepancias a la hora de nombrar a los árbitros, el artículo 15 también previene la intervención judicial para dicho nombramiento. E, igualmente, el artículo 19 dispone que se resuelvan judicialmente las diferencias entre las partes a la hora de acordar la remoción de un árbitro que hubiera incurrido en una causa de imposibilidad de hecho o de derecho, o cuando no ejerza sus funciones dentro de un plazo razonable. A estos efectos el artículo 8.1 determina el Tribunal competente, señalando: «Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal

del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección».

- También está prevista la posibilidad de la asistencia judicial para la adopción de medidas cautelares, ya sea antes de la iniciación del procedimiento, ya durante su substanciación. Por un lado, el artículo 11.3 dispone: «El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas. Y además el artículo 23 dispone que sean los propios árbitros los que acuerden la adopción de dichas medidas cautelares, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley, serán ejecutadas por el tribunal competente⁷, el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

- Igualmente está prevista la asistencia judicial para la práctica de la prueba. En concreto el artículo 33 establece: «1. Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por este de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros. 2. Si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes. En ambos supuestos el secretario judicial entregará al solicitante testimonio de las actuaciones. La competencia, según lo establecido en el artículo 8.2, corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia».

- Conforme a lo establecido en los artículos 40 a 42, será también la autoridad judicial la que resuelva los recursos que se puedan plantear para la anulación del laudo. Pero siempre teniendo en cuenta que esta acción solo podrá fundarse en los motivos tasados que prevé el artículo 41.1, que no pueden suponer una revisión del fondo del asunto. Para ello será competente, con arreglo al artículo 8.5, «la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde aquel se hubiere dictado».

- Asimismo, se establece en los artículos 44 y 45 la ejecución forzosa del laudo con arreglo a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para ello se atribuye la competencia por el artículo 8.4 al «Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

- Y, sobre todo, el artículo 43 dispone: «El laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación y, en su caso,

solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes».

En definitiva, si el laudo produce efectos de cosa juzgada y es susceptible de ejecución forzosa a través del procedimiento previsto en la LEC, podemos concluir que el laudo es equiparable a una sentencia. Esto es lo que implica que se hable del arbitraje como «equivalente jurisdiccional»⁸.

Esta concepción del arbitraje como un sistema de resolución de conflictos alternativo y equiparable a la vía judicial ha encontrado un claro eco en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Dice, por ejemplo, la sentencia 174/1995, de 23 de noviembre, (BOE de 28 de diciembre): «*Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)”*».

Siguiendo a MERINO MERCHÁN⁹, se puede concluir que a través de diversas sentencias (43/1988, de 16 de marzo, BOE de 12 de abril, 15/1989, de 26 de enero, BOE de 20 de febrero, 62/1991, de 22 de marzo, BOE de 24 de abril) el Alto Tribunal ha sentado la doctrina del equivalente jurisdiccional, pero exigiendo para ello que se cumplan una serie de condiciones:

- Que el instituto arbitral esté regulado en una ley formal votada en las Cortes.
- Que la Ley de Arbitraje tenga carácter estatal, al tratarse de una materia sobre la que tiene competencia exclusiva el Estado (art. 149.1, 6ª y 9ª de la Constitución).
- Que la voluntariedad del convenio arbitral se produzca sin sombra o penumbra alguna sobre la libertad de sumisión al mismo por las partes que pueda hacer resentirse la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la Constitución.
- Que concurra el carácter sustitutivo del arbitraje sobre el procedimiento judicial ordinario del juez del Estado. Es decir, que, una vez aceptado voluntariamente el convenio por las partes, el arbitraje desplaza con todas sus consecuencias al proceso y recurso judicial ordinario, a través de la correspondiente declinatoria.
- Que, por el efecto de equivalencia jurisdiccional, las partes asuman, no solo dar un carácter preponderante y relevante a la autonomía de la voluntad sobre el modelo jurisdiccional preestablecido legalmente, sino que aceptan asumir el laudo arbitral firme con efectos idénticos a la cosa juzgada.

Pero no pueden quedar dudas de que el arbitraje, a diferencia de la jurisdicción, no es un poder público, y que los árbitros, al contrario que los jueces, no

son representantes del Estado. Eso no significa que en el arbitraje las partes queden abandonadas y desprotegidas. Como muy acertadamente señala CARAZO LIÉBANA¹⁰, en el arbitraje «*solamente se está sustituyendo un procedimiento (el judicial) por otro (el arbitral), las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje*».

No obstante, sí que conviene dejar claro que no es aplicable al ámbito de las actuaciones arbitrales la posibilidad de interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional en diferentes fallos¹¹. Pero entonces, ¿cómo se puede garantizar que el laudo arbitral no ha vulnerado las garantías constitucionales? Parece que el camino ha de ser el de plantear las posibles violaciones de esas garantías constitucionales que se hayan podido producir durante el procedimiento arbitral, al ejercitar la acción de anulación del laudo regulada en el artículo 41 de la LA. Quizá el motivo más adecuado para ello sea invocar que el laudo es contrario al orden público. En este sentido, conviene traer a colación la sentencia del Tribunal Constitucional 43/1986, de 15 de abril, BOE de 29 de abril, que reconoció explícitamente que el orden público del foro ha adquirido en España, a partir de la aprobación de la Constitución de 1978 un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Carta Magna¹².

Un ejemplo de aplicación práctica de este criterio lo encontramos en la sentencia 8235/2013, de 20 de junio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que define el orden público cuya vulneración permite anular el laudo arbitral conforme lo establecido en el artículo 41 LA, como préstamo conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español¹³.

En definitiva, aunque no existe un reconocimiento expreso del arbitraje en nuestra Constitución, hay que afirmar que esta institución está plenamente anclada en los principios constitucionales, hasta el punto de haber sido calificada como un «equivalente jurisdiccional», al que le son aplicables, con las necesarias adaptaciones, todas las garantías que la Carta Magna establece para los procesos judiciales. Hay autores¹⁴ que incluso proponen que de *lege ferenda* se incorpore al texto constitucional una referencia explícita al arbitraje y a otros mecanismos de resolución alternativa de conflictos.

II. REQUISITOS NECESARIOS PARA SER ÁRBITRO

1. REQUISITOS PREVISTOS EN LA LEY

Con carácter general el artículo 13 de la LA dispone: «Capacidad para ser árbitro. Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de

sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro».

Parece, por tanto, que solo pueden ser árbitros las personas que sean mayores de edad y que no tengan limitado el ejercicio de sus derechos civiles. El legislador no quiere árbitros que tengan algún tipo de limitación. Cuatro son las situaciones que pueden resultar dudosas, a saber: los emancipados, los incapacitados, los concursados y, por último, los penados. Por lo que respecta a los menores emancipados, dado que, conforme a lo establecido en los artículos 323 y 324 del Código civil necesitan complementar su capacidad para determinados actos, no pueden considerarse que se encuentren en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, no pudiendo, en consecuencia, actuar como árbitros. Lo mismo cabe decir con relación a los declarados incapaces mediante sentencia. Aunque es cierto que el artículo 760 de la LEC prevé que será la sentencia que declare la incapacitación la que determinará la extensión y los límites de esta, lo cierto es que, por pequeña que sea la limitación de capacidad declarada, ya no se puede hablar de personas que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles que la LA exige para ejercer funciones arbitrales.

Más dudoso puede ser el caso de las personas declaradas en concurso. No obstante, entiendo que tampoco puede desempeñar la función de árbitro una persona física declarada en concurso, dado que, en el más leve de los supuestos, el artículo 40.1 de la Ley Concursal prevé que el concursado conservará las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero queda sometido en el ejercicio de estas a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad. Consecuentemente, tampoco parece que se trate de una persona en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. No obstante, he de reconocer que hay autores que defienden la posibilidad de que un concursado pueda ser árbitro si no ha sido declarado culpable en el concurso conforme al artículo 172 de la Ley Concursal¹⁵.

Por la misma razón que en el caso de los concursados, entiendo que no podrán ser árbitro las personas que hayan sido condenadas a alguna de las penas de privación de derechos que establece el artículo 39 del Código Penal. Naturalmente, mientras la pena se esté cumpliendo, ya que no supone causa de incapacidad la mera existencia de antecedentes penales¹⁶.

El segundo elemento determinante para reconocer la aptitud para ser árbitro es el de que la legislación a la que pueda estar sometido por el ejercicio de su profesión no se lo impida. Es decir, que no esté afectado por un régimen de incompatibilidades. Quizá el ejemplo más claro a este respecto lo encontramos en el caso de los jueces y magistrados, a los que el artículo 389 de la LOPJ les declara incompatibles con el ejercicio de cualquier cargo o profesión retribuida, salvo la docencia e investigación, y con el asesoramiento jurídico, sea o no retribuido.

Finalmente debe advertirse cómo la nacionalidad del árbitro no será obstáculo alguno para el desempeño de su función, salvo acuerdo contrario de las partes.

Vistos los requisitos legales exigidos para que una persona se considere con capacidad y aptitud legal para ser árbitro, ha de concluirse este apartado estudiando el momento en qué ha de exigirse la concurrencia de dichos requisitos. La actual Ley de Arbitraje no determina cuándo ha de reunir el árbitro el requisito de la plena capacidad. La Ley de 1988, en su artículo 12, sí que señalaba como fecha determinante la de la aceptación del cargo. Esto ha provocado dudas en la doctrina acerca de si el árbitro ha de ser plenamente capaz desde su designación¹⁷, o si basta que tenga dicha capacidad al tiempo de la aceptación¹⁸. Por su parte señala REMÓN PEÑALVER¹⁹ que el mayor valor del principio de seguridad jurídica exige que los requisitos de capacidad se reúnan ya desde la designación. En mi opinión, habrá que analizar caso a caso. Dado que la Ley no impone un criterio cierto, no debe descartarse que en algunos supuestos pueda nombrarse a una persona como árbitro, condicionando dicho nombramiento a la circunstancia de que dicha persona goce de plena capacidad o no esté sujeta a incompatibilidad legal al tiempo de iniciarse el procedimiento arbitral.

2. ARBITRAJES EN DERECHO

Vistas las exigencias generales que la Ley establece para poder ser árbitro, hay que referirse ahora al caso particular de los árbitros que han de intervenir en los arbitrajes de derecho. Si se trata de arbitrajes de equidad, se aplican las normas generales antes expuestas, pero en los casos de arbitrajes a resolver en derecho, establece el artículo 15.1 de la LA: «Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal. Cuando el arbitraje se haya de resolver por tres o más árbitros, se requerirá que al menos uno de ellos tenga la condición de jurista».

Por tanto, el árbitro en estos casos, siempre que las partes no hayan dispuesto otra cosa, ha de reunir la condición de jurista. Como señala ARMAS OMEDES²⁰, según el Diccionario de la RAE, el término jurista tiene dos significados: «persona que ejerce una profesión jurídica», y «persona dedicada al estudio, interpretación y aplicación del Derecho». Si combinamos lo establecido en este artículo con lo previsto con carácter general en el artículo 13, hemos de concluir que podrán ser árbitros en derecho todos los profesionales del derecho en un sentido amplio. Partiendo de esta referencia, entiende ARMAS OMEDES²¹ que deben distinguirse dos tipos de juristas:

- Los que ejercen una profesión jurídica, que deben acreditar que ostentan un título académico que acredite un conocimiento suficiente del Derecho, y

la pertenencia a la corporación o colegio profesional que corresponda a dicha profesión. En mi opinión, este segundo requisito no es imprescindible, puesto que pueden existir juristas que no estén sujetos a colegiación obligatoria (por ejemplo, funcionarios públicos cuyo régimen de incompatibilidades les permita ser árbitros);

- Los que se dedican al estudio e investigación jurídica, entre los que se encuentran los profesores universitarios y los autores dedicados a la literatura jurídica.

Hay que alabar el criterio que actualmente recoge la LA de permitir la actuación como árbitro de todo tipo de juristas. En este sentido, a diferencia de lo que se preveía antes de la reforma de 2011, ya no es imprescindible que se trate de abogados en ejercicio. Esto permite abrir el abanico de profesionales que pueden ejercer la función arbitral²².

Sin embargo, esta amplitud entraña ciertos riesgos. Salvando el caso en el que las partes designen de mutuo acuerdo a los árbitros, en los demás supuestos siempre quedará la duda de si no queda la puerta abierta para que alguna de ellas impugne la validez del laudo al amparo de lo previsto en la letra d) del artículo 41.1 de la LA («Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley»), por considerar que el elegido no reúne realmente la condición de jurista.

Es por todo ello que las instituciones arbitrales tienen una gran responsabilidad a este respecto, y han de garantizar que seleccionan árbitros que indubitadamente son juristas. Para ello habrán de cerciorarse de que las personas elegidas ostentan la titulación académica necesaria y que tienen al menos una mínima experiencia en la aplicación práctica o en la investigación teórica del Derecho. Aunque es cierto que la Ley no parece exigir una experiencia mínima para ostentar la condición de jurista, lo normal será que las instituciones que administran los arbitrajes establezcan este requisito de la experiencia en el desarrollo de la correspondiente profesión jurídica para admitir a los candidatos a árbitro en sus listas²³.

Como se ha señalado antes, si se tratase de un arbitraje de equidad no es imprescindible que el árbitro reúna la condición de jurista. No obstante, ningún inconveniente hay en que para un arbitraje de equidad se designe a un profesional del Derecho. Podemos citar en este sentido el Auto de 12 de diciembre de 2011 del TSJ de Madrid²⁴, que defiende que, aunque la Ley solo exige la intervención de un jurista en los arbitrajes de derecho, las partes pueden designar también a este tipo de profesionales en los de equidad. Incluso, en ocasiones, aunque se trate de un arbitraje en equidad, puede resultar conveniente nombrar árbitro a un jurista, puesto que muchos de los aspectos de la controversia

objeto de resolución en el proceso arbitral podrán entenderse mejor con una adecuada formación jurídica, aunque luego el laudo deba fundarse en criterios de equidad²⁵.

3. REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y NOTARIOS

Dentro del grupo de las profesiones que tradicionalmente se han catalogado como jurídicas en España se encuentra la de los notarios y registradores de la propiedad. Se trata de dos Cuerpos de funcionarios del Estado que ejercen su función en un régimen de una organización profesional y actuando bajo una responsabilidad personal directa, sin que el Estado tenga que hacer frente a los eventuales daños y perjuicios que ocasionen en el desempeño de su actividad.

Ambas profesiones están reservadas a titulados en Derecho que superen una rigurosa oposición de contenido estrictamente jurídico. Por tanto, es indiscutible que se trata de personas que ejercen una profesión jurídica, es decir, de juristas. Pero no siempre se les ha permitido ejercer funciones arbitrales.

En nuestra reciente historia estos funcionarios han tenido vedada la posibilidad de ejercer como árbitros por disposición de la Ley. Durante el largo periodo de vigencia de la Ley de 1953, el principal obstáculo venía representado por la exigencia de que en los arbitrajes en Derecho tuviera que designarse como árbitro a un letrado en ejercicio (art. 20). Posteriormente, la Ley de 5 de diciembre de 1988, en su artículo 12.4, prohibía expresamente la posibilidad de ser árbitro a «quienes ejerzan funciones públicas retribuidas por arancel». Luego, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, eliminó esta prohibición expresa, pero volvió a establecer la exigencia de que los árbitros que resuelven en derecho deban ser abogados en ejercicio, con lo que, de facto, seguía impidiendo a los notarios y registradores el desempeño de este tipo de funciones. Ha habido que esperar hasta la reforma de la Ley de Arbitraje, operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, para que se les abra definitivamente la puerta del arbitraje como juristas que son.

Consecuentemente, hoy ya no es discutible la aptitud legal de estos funcionarios públicos para actuar como árbitros.

III. SISTEMA DE DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS

En esta materia, como en la mayoría de las que regula la LA, prima el principio de libre decisión de las partes. No obstante, es necesario distinguir dos vías distintas que implican diferentes soluciones al procedimiento de designación de los árbitros.

1. ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Si el arbitraje se encomienda a una institución, las partes se someten al reglamento que dicha institución arbitral tenga previsto para todo el desarrollo del proceso. Así lo establece el artículo 14.2 de la LA: «Las instituciones arbitrales ejercerán sus funciones conforme a sus propios reglamentos». A partir de ese instante habrá que estar a lo establecido en el correspondiente reglamento respecto al número de árbitros y al sistema de designación.

La encomienda a una corte arbitral no significa que quede anulada totalmente la autonomía de la voluntad de las partes. Muy al contrario, la mayoría de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales de España reservan a los contendientes la facultad de decidir el número y la identidad de los árbitros. Será en defecto de dicho acuerdo cuando entren a funcionar las reglas de designación previstas en el reglamento, que, generalmente, implican el nombramiento de un solo árbitro (salvo que la complejidad del asunto requiera que se designe un tribunal arbitral pluripersonal). Normalmente, en estos casos el árbitro lo designará directamente la corte, aunque a veces se ofrece a las partes cierto margen de intervención en el proceso²⁶.

Lo que parece claro es que, cuando se ha convenido que el arbitraje sea tramitado ante una corte arbitral determinada, las partes ya no podrán acudir al procedimiento judicial regulado en el artículo 15 de la LA, al que luego haré alusión. En este sentido, la sentencia de 31 de mayo de 2013 del TSJ de Canarias señaló que cuando se ha designado a una corte arbitral no es competente la Sala del TSJ para su nombramiento²⁷.

Distinto es el caso en el que las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada, o cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo en que se va a iniciar el arbitraje, o si, tratándose de un arbitraje societario, que, conforme al artículo 11 bis. 3 de la LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral. En estos supuestos sí que parece posible acudir al auxilio judicial para seleccionar la institución que ha de administrar el arbitraje²⁸.

2. ARBITRAJE AD HOC

Para los casos en los que las partes no han querido someterse a un arbitraje administrado por una corte arbitral, la Ley parte de la atribución a los litigantes de plena libertad de decisión. Así, el primer inciso del artículo 12 señala: «Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros (...)». Y el artículo 15.2, primer párrafo afirma: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros (...)».

No obstante este reconocimiento general de libertad de decisión, la Ley impone dos limitaciones básicas que deben respetarse en todo caso. En primer término, conforme al artículo 12, se exige que el número de árbitros sea impar, previendo que, en caso de desacuerdo, se designará un solo árbitro. La exigencia de que el número sea impar responde a la lógica necesidad de evitar los empates, y la opción por un solo árbitro en casos de desacuerdo busca la rapidez y la sencillez en el procedimiento.

En segundo lugar, el artículo 15.2 de la Ley exige que el procedimiento de designación de los árbitros que las partes escojan ha de respetar en cualquier caso el principio de igualdad. La referencia al principio de igualdad parece que está pensada en relación con la igualdad de las partes en el proceso. No obstante, tampoco cabría pactar un sistema de designación que atentase contra el principio constitucional de igualdad recogido en el artículo 14 de la Carta Magna: no sería posible, por ejemplo, convenir que del proceso de selección de los árbitros sean excluidas las personas de una determinada creencia religiosa, raza o sexo.

Es muy significativa la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2014 cuando aborda la importancia del respeto al principio de igualdad en el sistema elegido para la designación de los árbitros. Parte de la premisa del carácter imperativo del artículo 15.2. A partir de ahí considera inadmisibles que se designe árbitro a una de las partes (*nemo iudex in causa propria*). Pero también estima contraria al principio de igualdad cualquier otra actuación que implique una posición de privilegio para cualquiera de las partes implicadas, aunque no haya sido buscada de forma deliberada²⁹.

3. PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ÁRBITROS

Aunque el arbitraje por definición implica una opción por resolver el conflicto al margen de la autoridad judicial, como ya señalé al comienzo de estas notas, en ocasiones es necesario acudir al auxilio judicial para que el procedimiento arbitral pueda llegar a término y cumplir con la finalidad que la Ley le ha encomendado. Uno de esos momentos en que resulta preciso acudir al juez en busca de ayuda para superar un obstáculo que impide que comience el procedimiento arbitral es el de la designación de los árbitros.

Cuando el convenio arbitral no ha previsto el procedimiento para la elección de los árbitros, o cuando, habiéndolo previsto, alguna de las partes no se allana a su cumplimiento, la única manera de continuar es pedir el auxilio judicial. A ello se refieren los artículos 8.1 y 15, puntos 2 a 7 de la LA. Conviene destacar las siguientes cuestiones:

A) *Tribunal competente*

Conforme a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LA: «Para el nombramiento y remoción judicial de árbitros será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma donde tenga lugar el arbitraje; de no estar este aún determinado, la que corresponda al domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, la del domicilio o residencia habitual del actor, y si este tampoco los tuviere en España, la de su elección».

B) *Presupuestos que han de concurrir para poder solicitar la designación judicial del árbitro*

a) Que no se trate de un arbitraje administrado

Como ya comenté antes, si se ha pactado que el arbitraje se desarrollará ante una corte arbitral determinada, serán las normas recogidas en sus estatutos o reglamentos las que resuelvan el procedimiento de designación de los árbitros. Si las partes han pactado el arbitraje administrado, pero sin determinar la institución encargada, o cuando la entidad designada en el convenio no existe al tiempo de iniciar el arbitraje, o si, tratándose de un arbitraje societario, que, conforme al artículo 11 bis. 3 de la LA, ha de ser un arbitraje administrado, no se ha previsto en los estatutos sociales qué institución ha de ser la encargada de entender del procedimiento arbitral, en estos supuestos sí que parece posible, como también aclaré anteriormente, acudir al auxilio judicial para seleccionar la institución que ha de administrar el arbitraje.

b) Que exista un convenio arbitral

El punto cinco del artículo 15 establece: «El Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral».

Este precepto, además de establecer como requisito para la designación judicial del árbitro la existencia del convenio, a *sensu contrario*, está también fijando los límites que constriñen al Tribunal a la hora de tomar la decisión. Es decir, solo se está dilucidando el nombramiento de los árbitros, para lo cual hay que comprobar que existe el convenio arbitral. Pero, en ningún caso, puede abordarse cualquier otro aspecto afectante al fondo de la controversia, ya que tal misión está reservada al procedimiento arbitral. Veamos estas diferentes perspectivas:

a') Existencia del convenio arbitral

Parece evidente que para que un juez acceda al nombramiento de un árbitro debe comprobar que existe la premisa esencial del arbitraje: el acuerdo de las partes de someter a arbitraje la resolución de sus controversias, es decir, el convenio arbitral. En este sentido, el apartado IV de la Exposición de Motivos de la LA señala: *«el juez solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio»*. Como señala REMÓN PEÑALVER³⁰, *«la idea del «equivalente jurisdiccional» se centra, pues, en los efectos del laudo, pero es compatible con el dato de que el arbitraje es una institución con contenido propio que se funda en la autonomía de la voluntad y nace, precisamente, de una renuncia transitoria al ejercicio de acciones en la vía judicial»*.

Consecuentemente, la función del juez es verificar que hay un acuerdo de las partes para someterse al arbitraje. Pero solo debe comprobar que tal convenio existe, en cualquiera de las formas que admite el artículo 9 de la LA. De hecho, en ocasiones la existencia del convenio arbitral puede resultar confirmada por el reconocimiento que las partes hacen en el mismo procedimiento de designación judicial de árbitros. Así puede verse, por ejemplo, en la sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015: *«La demandante no ha acreditado documentalmente la existencia del convenio arbitral (hace referencia al mismo, y lo señala como documento nº 3, pero dicho documento, como otros se señalan, no se ha aportado junto con la demanda). No puede, sin embargo, ponerse en duda su existencia, pues ha sido expresamente admitida por las demandadas, por lo que procede la designación de un árbitro por esta Sala»*³¹.

Respecto a la apreciación de cuándo existe o no convenio arbitral, es bastante interesante citar la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2017, que analizaré detenidamente en el siguiente apartado. Dicha sentencia parte del criterio sentado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la autonomía de la voluntad de las partes constituye la esencia y fundamento del arbitraje. Por ello, considera este fallo, que es admisible una interpretación amplia del convenio arbitral, salvo que se trate de una cláusula arbitral contenida en un contrato de adhesión³².

En esta línea de garantizar que la sumisión a arbitraje, en tanto que renuncia al derecho a la tutela judicial, esté basada en el acuerdo libre de las partes, conviene citar la reciente sentencia 1/2018, de 11 de enero, del Tribunal Constitucional³³, que ha declarado inconstitucional el artículo 76,e) de la Ley del Contrato de Seguro, que establece: *«El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la*

cuestión disputada». Considera el Alto Tribunal que es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución que exige que toda renuncia a dicho derecho de acceso a la jurisdicción conste de manera explícita, clara, terminante e inequívoca, determinación que no concurre cuando se ha impuesto de manera obligatoria el arbitraje.

b') Las partes han de estar vinculadas por el convenio. Especial referencia a los casos en los que el convenio está inscrito en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil

El juez debe cerciorarse de que el demandado en este procedimiento es parte o se encuentra vinculado por el convenio arbitral³⁴. Como he señalado antes, el arbitraje está basado en la autonomía de la voluntad de las partes y la decisión libre que adoptan, acordando no someterse a la vía jurisdiccional para la resolución de las controversias que puedan surgir entre ellas. Es decir, hay una base contractual en el origen del arbitraje. Y, como señala el artículo 1257 del Código civil, los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos.

No son pocas las ocasiones en que el convenio arbitral está incluido en una relación jurídica que afecta a derechos reales inmobiliarios o que forma parte de los estatutos de una sociedad mercantil. En estos casos se plantea la posibilidad de inscribir dicho convenio en el Registro de la Propiedad o en el Mercantil.

No es este el lugar para analizar en profundidad la admisibilidad de esta inscripción y sus efectos respecto a terceros. Hay algún autor (SANS TORRES³⁵) que sostiene que, mientras en el caso del arbitraje societario no hay dudas de que la inclusión del convenio arbitral en los estatutos sociales implica que los socios que se incorporen a la sociedad con posterioridad por vía de adquisición de acciones o participaciones se verán vinculados por dicho convenio arbitral, en el caso del Registro de la Propiedad no está nada claro que un convenio arbitral pueda tener acceso a los libros registrales porque carece de trascendencia real, dado que no encaja en ninguno de los supuestos previstos en los artículos 2 de la Ley y 7 del Reglamento Hipotecario, y además no puede considerarse una carga que grave la finca. Sin embargo, existen muchas más opiniones³⁶ que entienden que el convenio arbitral es inscribible y que, una vez inscrito, será oponible a terceros conforme a las reglas derivadas de los principios hipotecarios.

Por mi parte considero que el convenio arbitral, tanto en el arbitraje societario como en el inmobiliario, es susceptible de inscripción. Con dicha inscripción adquiere eficacia frente a los terceros, los cuales se verán obligados a utilizar la vía arbitral en los términos que prevé la Ley de Arbitraje. Por eso pienso que son extensibles al ámbito inmobiliario las conclusiones que para el arbitraje societario sienta la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2007: «(...) los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los

fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no solo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio (...)».

En lo que ahora interesa, conviene destacar que uno de los contenidos del convenio que se reflejará en la inscripción ha de ser el relativo al modo de designación de los árbitros. A este respecto, señala MATEO Y VILLA³⁷ que caben distintas posibilidades en cuanto al contenido del convenio en estos extremos, según se trate de arbitraje administrado o arbitraje *ad hoc*.

Es cierto que tanto la LA como la jurisprudencia adoptan una posición favorable a la conservación del convenio arbitral, de suerte que no se considera contenido esencial de este la previsión del sistema o procedimiento para la designación de los árbitros. En este sentido, la sentencia de 11 de marzo de 2014 del TSJ de Valencia³⁸, recalca la pervivencia del convenio, aunque no contenga las normas de designación de los árbitros. En este caso, se entenderá que el arbitraje será de un solo árbitro (art. 12 LA), que será designado, a falta de acuerdo de las partes, por el juez a petición de cualquiera de ellas (art. 15.2.a). Consecuentemente, ningún problema ha de plantearse para inscribir el convenio arbitral en el Registro, aunque este no recoja referencia alguna al sistema de designación de los árbitros. Ahora bien, si se prevén en el convenio cláusulas o reglas específicas para la designación de los árbitros, el registrador habrá de analizarlas con detalle para garantizar que cumplen con los requisitos que con carácter imperativo impone la Ley, prestando especial atención al necesario respeto del principio de igualdad. También deberá exigir que dichas cláusulas sean claras y precisas, por exigencias del principio de especialidad (arts. 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento)³⁹.

Inscrito en el Registro un convenio arbitral que recoja normas y reglas para la designación de los árbitros, dichas reglas serán aplicables, no solo a las personas que hayan suscrito el citado convenio, sino a todos los terceros que con posterioridad hayan inscrito su titularidad en el Registro o hayan adquirido acciones o participaciones sociales, en la medida en que el contenido del Registro les será oponible. Y así habrá de tenerlo en cuenta el juez en el caso de que se acuda al procedimiento de designación judicial de los árbitros previsto en el artículo 15 de la LA.

c') ¿Puede el juez analizar la validez del convenio arbitral?

La respuesta a este interrogante no es pacífica. Es verdad que la letra del artículo 15.5 y el texto de la Exposición de Motivos de la Ley parecen abocarnos

a una respuesta negativa a esta pregunta. Dice, en efecto, esta última: «*debe destacarse que el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia*».

Sin embargo, en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia observamos diferentes posturas. Para algunas resoluciones el juez puede rechazar el nombramiento de los árbitros, no solo cuando aprecie la inexistencia del convenio, sino también cuando entienda que la materia de fondo no es susceptible de arbitraje. En otros casos entran a analizar la validez del convenio. Así, algunas sentencias consideran que debe analizarse si la materia objeto de la controversia es susceptible de arbitraje⁴⁰. También encontramos fallos que estiman necesario que el juez analice la capacidad de las partes que han celebrado el convenio arbitral que justifica la solicitud de auxilio judicial para la designación de los árbitros⁴¹.

Por otro lado, existen pronunciamientos judiciales que van en una línea más restrictiva y que tratan de ajustarse a la letra del artículo 15.5. Consideran estas resoluciones judiciales que la Sala del TSJ no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia. Por tanto, el órgano judicial solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral. El resto de las cuestiones discrepantes que puedan plantear las partes no pueden ser objeto de análisis ni resolución por el Tribunal, porque, en caso contrario, se estaría suplantando la decisión del árbitro⁴².

El Tribunal Supremo, en una reciente sentencia de 27 de junio de 2017, ha abordado esta polémica con ocasión del análisis de otra cuestión también muy discutida: el ámbito de decisión del juez ante el que se plantea la excepción declinatoria de existencia de un convenio arbitral prevista en el artículo 11 de la LA. Conviene analizar el caso con detalle:

- **Hechos:** una sociedad mercantil presenta una demanda contra un banco solicitando del juez la declaración de nulidad de sendos contratos financieros. El banco demandado opone la correspondiente excepción declinatoria conforme al artículo 11 de la Ley de Arbitraje, al entender que esta controversia debía solventarse a través de un procedimiento arbitral, de acuerdo con el convenio suscrito por las partes. El Juzgado no aceptó la declinatoria y terminó estimando parcialmente la demanda y declarando nulo uno de los contratos. Interpuesto recurso por el banco, la Audiencia Provincial lo desestimó. El banco formula

exclusivamente recurso extraordinario por infracción procesal. La cuestión objeto de este recurso ha quedado circunscrita a la desestimación de la declinatoria que planteó dicha entidad de crédito con base en el convenio arbitral que se contiene en las condiciones generales del contrato marco de operaciones financieras suscrito entre las partes, y al alcance de la competencia del juez ordinario para interpretar el convenio arbitral y decidir qué materias han sido sometidas a arbitraje, cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje.

- Cuestión objeto de debate principal: comienza el primer fundamento de Derecho centrando cuál es el objeto de debate: *«La cuestión planteada en el recurso hace referencia al alcance del principio kompetenz-kompetenz (competencia para decidir sobre la propia competencia) contenido en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje en relación con los dos primeros apartados del artículo 11 de dicha ley y a los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que prevén que, en caso de haberse presentado una demanda ante un órgano judicial, la existencia de convenio arbitral ha de plantearse mediante declinatoria, sin que el juez pueda apreciar de oficio su falta de jurisdicción por tal causa».*

- Dos tesis enfrentadas: a continuación, nos resume el Alto Tribunal cuáles son las teorías que existen al respecto. Así, señala en segundo fundamento: *«Existen dos tesis sobre esta cuestión. La primera sería la llamada “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz, que es la que sostiene el recurrente, conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. La segunda sería la llamada “tesis débil”, según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio».*

- Posición del Tribunal Supremo: En el primer párrafo del punto 3 del tercer fundamento de Derecho la Sala se pronuncia sin ambages: *«Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio kompetenz-kompetenz en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje».* Posteriormente, en los apartados sexto y séptimo se confirman las conclusiones derivadas de adoptar esta tesis: *«6. La conclusión de lo expuesto es que si se ha iniciado un litigio judicial en el que se ha planteado,*

por medio de declinatoria, la falta de jurisdicción por existir un convenio arbitral, el enjuiciamiento que ha de realizar el órgano judicial sobre la validez y eficacia del convenio arbitral y sobre la inclusión de las cuestiones objeto de la demanda en el ámbito de la materia arbitrable, no está sometido a restricciones y no debe limitarse a una comprobación superficial de la existencia de convenio arbitral para, en caso de que exista, declinar su jurisdicción sin examinar si el convenio es válido, eficaz y aplicable a la materia objeto del litigio. 7. Lo expuesto es compatible con el hecho de que si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a, c y e del artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje».

• Razones que sustentan esta posición: del tenor de los puntos 3, 4 y 5 del citado tercer fundamento de Derecho se explicitan las razones que conducen a esta solución:

1. Régimen procesal de la declinatoria: «Al regular cómo puede alegarse la existencia de un convenio arbitral en un litigio judicial ya iniciado, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje y los artículos 39 y 63.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevén que tal cuestión se decida mediante declinatoria jurisdicción. Estos preceptos no establecen limitación alguna del ámbito de enjuiciamiento por el juez de su propia jurisdicción y competencia que lo diferencie de otros supuestos en que ha de realizar tal enjuiciamiento en una declinatoria, como son los de falta de competencia internacional, falta de jurisdicción por causa distinta de la existencia de un convenio arbitral y falta de competencia objetiva o territorial».

2. Respaldo de los tratados y normas internacionales: «Los instrumentos jurídicos internacionales que abordan, directa o indirectamente, el arbitraje, respetan este criterio. Así, en el artículo II.3 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, conforme al cual “el tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”, con lo que prevé un enjuiciamiento previo por parte del juez de la validez, eficacia del convenio arbitral y sobre su aplicabilidad a las cuestiones objeto del litigio. Una previsión similar se contiene en el artículo 8.1 de la Ley Modelo Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, que la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje afirma que ha servido de principal criterio inspirador. Y el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de

2012, aunque excluye de su ámbito de aplicación el arbitraje (art. 1.2.d), afirma en su considerando 12 que “ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio de arbitraje [...] examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional”»;

3. El proceso de elaboración de la norma así lo confirma: *«También es relevante en este sentido que en la tramitación parlamentaria quedara sin efecto la previsión de restringir el ámbito de conocimiento del tribunal en el sentido sostenido por la “tesis fuerte” del principio kompetenz-kompetenz y que habría obligado al tribunal que conociera del litigio en que se hubiera planteado, mediante excepción, la existencia de un convenio de sumisión a arbitraje a sobreeser el proceso judicial “a menos que compruebe que dicho convenio es manifiestamente nulo o ineficaz”, que se contenía en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado que se presentó ante las Cortes en el año 2010. El artículo 11 de la Ley de Arbitraje quedó redactado, en este aspecto, como lo estaba anteriormente, y la reforma operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, solo añadió un párrafo que establecía determinados plazos para la formulación de la declinatoria».*

Es, precisamente al tratar de aportar argumentos que justifiquen la decisión que definitivamente va a adoptar la Sala, cuando la sentencia termina también sentando criterio, aunque sea *obiter dicta*, sobre la correcta interpretación del artículo 15.5 de la LA. En concreto, dice el segundo párrafo del punto 3 del tercer fundamento de Derecho: *«Cuando la Ley de Arbitraje ha querido limitar el alcance de la intervención del juez en el enjuiciamiento del convenio arbitral, lo ha hecho expresamente. Así, en el artículo 15.5, al regular la formalización judicial del arbitraje, ha establecido un enjuiciamiento muy limitado al prever que “el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”. En este caso, no es objeto del procedimiento de formalización del arbitraje la eficacia del convenio arbitral o la interpretación del mismo, sin perjuicio de que deba apreciarse, incluso de oficio, la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público como es el caso de los arts. 57.4 y 90.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y denegar en tal caso la formalización del arbitraje».*

Parece que el Tribunal Supremo ha optado por una posición aparentemente intermedia que, en mi opinión, tiene sus peligros. A primera vista se ajusta a la letra del artículo 15.5, pero metiendo la cuña de los casos en los que exista nulidad radical prevista por normas de orden público. Abrir esta puerta puede dar lugar a que el juicio verbal previsto para la designación de árbitros se convierta de

hecho en un procedimiento en el que se discuta sobre la validez del convenio arbitral, privando así a los propios árbitros de su competencia. El mismo concepto de *normas con carácter de orden público*, es lo suficientemente abierto que puede permitir a las partes y al juez analizar en profundidad el convenio para ver si hipotéticamente se están o no vulnerando normas imperativas. Y eso no es lo que dice el artículo 15. De nuevo aquí salen a relucir los prejuicios anti arbitrales que, por desgracia, afloran por doquier en la doctrina y en la jurisprudencia en España.

Ya encontramos alguna sentencia de Tribunales Superiores de Justicia que ha aplicado el criterio que ha sentado el Tribunal Supremo en este fallo. Es digna de alabanza, por su empeño en preservar la autonomía del proceso arbitral, la sentencia del TSJ de Navarra de 21 de mayo de 2018, que, tras invocar la sentencia del TS de 27 de junio de 2017, impone una clara interpretación restrictiva sobre el alcance de la decisión del Tribunal en el procedimiento de designación de los árbitros en relación con la existencia y validez del convenio arbitral⁴³.

c) Que no exista un sistema pactado en el convenio para la designación de los árbitros

La Ley de Arbitraje, siguiendo el principio dispositivo, que está presente de forma constante a lo largo de su articulado, también se ha decantado en cuanto al nombramiento o designación de los árbitros por dar prioridad a lo que las partes hubieran pactado. Así, el artículo 15.2 comienza diciendo: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas». Posteriormente, en el punto 3, dispone el artículo 15: «Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello».

Como puede deducirse de estos dos preceptos, está claro que no cabe solicitar del juez la designación de los árbitros si antes no se ha intentado su nombramiento por el procedimiento previsto en el convenio arbitral⁴⁴.

Por otro lado, aun en el caso de que sea preciso acudir al juez ante la negativa de una de las partes a cumplir lo pactado, la actuación judicial deberá respetar dicho pacto y ajustarse a lo previsto en el convenio para hacer el nombramiento de los árbitros. Y es que el peso de la autonomía de la voluntad en el arbitraje es muy fuerte⁴⁵.

Resulta interesante la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017, puesto que pone de manifiesto, por un lado, la idea de que prevalece la voluntad de las partes plasmada en el convenio, y, por otro, que ha de valorarse la buena o mala fe de cada una de las partes en el cumplimiento de dicho convenio⁴⁶.

Esta idea de que la voluntad de las partes tiene preferencia frente a la intervención judicial, se ve con suma claridad en el caso resuelto por la sentencia del TSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016. Se trata de un supuesto en el que se había pactado en el convenio arbitral la sumisión a un arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje. Intentada por una de las partes la iniciación de dicho arbitraje ante la CEA, esta institución rechazó administrarlo por existir conflicto de interés que pondría en quiebra la necesaria imparcialidad. Ante esta circunstancia el demandante solicita del TSJ que ordene a la CEA que administre el arbitraje y, subsidiariamente, que designe otra institución arbitral equivalente para que se encargue del mismo. El Tribunal desestima las pretensiones de la parte demandante conforme a una serie de conclusiones:

1. No es objeto del procedimiento del artículo 15 el nombramiento o designación de cortes arbitrales. Señala el TSJ que *«no tiene competencia para el nombramiento de Cortes Arbitrales, ni para ordenar a las mismas que administren un arbitraje que han rehusado, puesto que la función de este Tribunal en virtud de lo dispuesto en el artículo 15 de la LA, es el nombramiento de árbitros, tal y como ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Tribunal en sentencia de 27 de enero de 2015»*.

2. Esta conclusión se asienta sobre la premisa de que solo el libre acuerdo de las partes puede justificar el sometimiento a los reglamentos y estatutos de una corte arbitral: *«Conforme establece el artículo 9 de la vigente Ley de Arbitraje del 2003, el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, y deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. La anterior premisa ha de conectarse con el régimen jurídico del arbitraje institucional, y resulta innegable la conexión que existe entre la autonomía de la voluntad de los contratantes, que ha de ser ejercida con libertad y en condiciones de igualdad, y la “limitación” que a esa autonomía supone la aceptación de un arbitraje institucional, que precisamente por ello ha de ser una aceptación libre y respetuosa con el principio de igualdad, cuya quiebra no sería admisible aun en el caso de que fuera consciente y deliberada(...)»*.

3. De los preceptos de la LA y de su Exposición de Motivos la sentencia extrae *«varias conclusiones sobre el arbitraje institucional, que: —La sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra. —Las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral, y la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y*

atribuidas unas responsabilidades que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación».

4. Como consecuencia de lo expuesto se concluye: *«En este caso, el consentimiento o voluntad de las partes de someterse a la CEA no es válido, puesto que si los demandados hubieran tenido conocimiento en el momento de la firma del convenio, de todo lo ocurrido y de que la CEA podría no ser independiente e imparcial, debido a su estrecha relación con HTHR, no se habría firmado el convenio, ni se hubiera sometido a esa institución arbitral, pues la sumisión a la misma, como hemos apuntado, debe realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad, lo que resulta incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra».*

5. Por otro lado, *«En cuanto a las peticiones subsidiarias del demandante de que se ordene a una institución arbitral —Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje— que nombre árbitro con arreglo a su reglamento de arbitraje y proceda a administrarlo, o el nombramiento de un árbitro único, que sea abogado en ejercicio, con experiencia en el ámbito de derecho mercantil y societario, y que cuente con conocimientos en operaciones de fusiones y adquisiciones y de capital de riesgo, la respuesta es obvia, no es competencia de este Tribunal el designar Cortes Arbitrales, y en cuanto al nombramiento de un solo árbitro, la voluntad de las partes de someterse al arbitraje es a todo el convenio arbitral, ya que como hemos indicado la institución que administra el arbitraje integra la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral, así como sus decisiones, y la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades cuya validez se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen de su actuación».*

Ha de advertirse, no obstante, que también se pueden encontrar otros fallos judiciales que parecen seguir otra vía distinta. Así, puede citarse la sentencia del TSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 2011, que admite la competencia del Tribunal para designar árbitros en un caso en el que la corte arbitral de la Cámara de Comercio designada como encargada de administrar el arbitraje no existía⁴⁷.

- d) Que las partes no se pongan de acuerdo en la designación de los árbitros conforme al procedimiento previsto en el convenio.

Es evidente que para acudir al juez debe existir un desacuerdo de las partes al designar al árbitro en los términos en que se había pactado en el convenio. En el momento en que se constata el acuerdo, el juez ha de ajustarse al mismo y respetar la decisión de los litigantes. Vuelvo a insistir en la prevalencia de la

autonomía de la voluntad de las partes. Respetándose el principio de igualdad, lo que las partes acuerden es ley en el arbitraje⁴⁸.

Es por ello por lo que, si una vez iniciado el proceso judicial previsto en el artículo 15 de la LA, las partes alcanzan un acuerdo sobre el nombramiento de árbitros, el Tribunal ha de limitarse a homologarlo y ajustarse a sus términos. La sentencia del TSJ de Asturias de 7 de octubre de 2015 constituye un buen ejemplo de cómo el Tribunal se ha de limitar a homologar el acuerdo alcanzado entre las partes⁴⁹.

Finalmente, conviene aclarar que, aunque en el convenio no se recoja un procedimiento para la designación de los árbitros, no es posible solicitar la intervención judicial a tal efecto si antes no ha intentado el demandante realizar las actuaciones necesarias para tratar de convenir el nombramiento con la parte demandada. Y es que en el arbitraje la intervención judicial es siempre el último remedio⁵⁰.

Conviene traer a colación por mantener un criterio claramente opuesto la sentencia del TSJ de Canarias de 11 de marzo de 2015 que afirma que el requerimiento previo de una de las partes hacia la otra a fin de buscar un acuerdo no es requisito imprescindible para pedir la formalización judicial del arbitraje⁵¹.

No parece acertado el criterio sostenido en esta última sentencia. El concepto de auxilio judicial en el arbitraje parte siempre de la idea de la subsidiariedad. Ello implica que los Tribunales asolo actúen en los casos en que resulte imprescindible. No tiene sentido acudir al juez para que designe árbitros sin haber previamente agotado las posibilidades de acuerdo entre las partes.

C) *Tipo de procedimiento*

Conforme a lo establecido en el artículo 15.4: «Las pretensiones que se ejerciten en relación con lo previsto en los apartados anteriores se sustanciarán por los cauces del juicio verbal».

Al margen de lo que ya he ido apuntando en los puntos precedentes sobre el alcance de las decisiones que puede tomar el juez en el procedimiento, conviene plantearse su naturaleza. En este sentido hay que referirse a la tesis que sostiene que este procedimiento comparte naturaleza con los expedientes de jurisdicción voluntaria. En esta línea militan autores como LORCA NAVARRETE⁵². También se pronuncia expresamente en este sentido el auto del TSJ de la Comunidad Valenciana de 2 de noviembre de 2011⁵³.

El artículo 1.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, define el ámbito de este tipo de procedimientos: «Se consideran expedientes de jurisdicción voluntaria a los efectos de esta Ley todos préstamolos que requieran la intervención de un órgano jurisdiccional para la tutela de derechos e intereses en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que

deba sustanciarse en un proceso contencioso». Como reconoce la Exposición de Motivos, la «Ley define su ámbito de aplicación sobre una base puramente formal, sin doctrinarismos, entendiendo que solo serán de aplicación los preceptos que la conforman a los expedientes de jurisdicción voluntaria que, estando legalmente previstos, requieran la intervención de un órgano jurisdiccional en materia de Derecho civil y mercantil, sin que exista controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, fórmula que facilita la determinación de dicho ámbito».

La verdad es que, a la luz de esta previsión legal, no resulta tan claro que el procedimiento regulado en el artículo 15 de la LA pueda ser calificado como de jurisdicción voluntaria. Sobre todo, si consideramos que es muy habitual que se platee entre la parte demandada y la demandante la correspondiente controversia acerca de la existencia del convenio arbitral. Y más aún, si tenemos en cuenta que la posición que ha avalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de junio de 2017 (que antes hemos analizado con detalle) respecto a la posibilidad de que el juez pueda apreciar *la nulidad radical del convenio arbitral prevista en normas con carácter de orden público*. Evidentemente esta posibilidad abre la puerta a que el proceso dé pie a la controversia entre las partes sobre la existencia y la validez del convenio arbitral, lo cual no casa con el concepto que la Ley tiene de la jurisdicción voluntaria.

Otra razón que abunda en la consideración de que este procedimiento no tiene el carácter de los de jurisdicción voluntaria, es el hecho de que la competencia para su tramitación siga reservada a los jueces. Una de las características más destacables de Ley 15/2015 es la de acometer un proceso de desjudicialización de buena parte de los procedimientos de jurisdicción voluntaria. De hecho, procedimientos aparentemente parecidos al del nombramiento de árbitros, como pueden ser el del nombramiento de liquidador, auditor o interventor de una entidad (regulado en el Capítulo III del Título VIII de la Ley), o el de nombramiento de perito en los contratos de seguros (Capítulo VIII del Título VIII), se han encomendado a los letrados de la Administración de Justicia. Pero esta redistribución competencial que ha llevado a cabo la Ley ha tomado como criterio de referencia el que los asuntos extraídos de la competencia del juez no afecten a derechos fundamentales o a intereses de menores o personas necesitadas de protección. Así lo reconoce el último párrafo del apartado IV de la Exposición de Motivos de la Ley: «No obstante, resulta constitucionalmente admisible que, en virtud de razones de oportunidad política o de utilidad práctica, la ley encomiende a otros órganos públicos, diferentes de los órganos jurisdiccionales, la tutela de determinados derechos que hasta el momento actual estaban incardinados en la esfera de la jurisdicción voluntaria y que no afectan directamente a derechos fundamentales o suponen afectación de intereses de menores o personas que deben ser especialmente protegidas, y así se ha hecho en la presente Ley».

Visto este planteamiento de principios, se entiende perfectamente que el procedimiento de designación de los árbitros en los casos de desacuerdo de las partes siga en manos del Tribunal Superior de Justicia de cada comunidad autónoma. Aunque, como se ha analizado en apartados anteriores, el arbitraje está perfectamente anclado en los valores constitucionales, no se puede olvidar que el procedimiento arbitral debe tener en cuenta y respetar los principios que recoge el artículo 24 de la Constitución. Conviene volver a reproducir la muy acertada cita de CARAZO LIÉBANA⁵⁴, que nos recuerda que en el arbitraje *«solamente se está sustituyendo un procedimiento (el judicial) por otro (el arbitral), las garantías constitucionales quedan totalmente indemnes a esta elección. No quedan afectadas más que en la necesaria adaptación de estos derechos constitucionales a la propia idiosincrasia del arbitraje»*. Por tanto, si se está afectando a derechos fundamentales recogidos en el artículo 24 de la Constitución, con arreglo a los criterios establecidos en la propia Ley 15/2015, no parece viable que el nombramiento de los árbitros salga de la esfera competencial del juez.

Por todo ello, en mi opinión no cabe atribuir a este procedimiento la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sino que debe encuadrarse, como el propio artículo 15 señala, en el marco de los juicios verbales, que son procesos contenciosos en los que las partes pueden defender sus pretensiones con plenas garantías, aunque con una tramitación más sencilla que la del juicio ordinario.

Es conveniente citar también la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017, que deja bien claro, en lo referente a la legitimación pasiva en el procedimiento, que solo hay que demandar a las partes que suscribieron directamente el convenio. La eventual afectación de los intereses de terceros y la necesidad o no de que dichos terceros sean llamados al procedimiento, son cuestiones que han de decidir los propios árbitros⁵⁵.

Para finalizar este apartado hay que hacer referencia a lo establecido en el artículo 15.7 de la LA: *«Contra las resoluciones definitivas que decidan sobre las cuestiones atribuidas en este artículo al tribunal competente no cabrá recurso alguno»*. Según señala la sentencia del TSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2012, esta irrecurribilidad resulta, además de la letra de este artículo, del hecho de que *«ningún órgano judicial tendría atribuida por la Ley Orgánica del Poder Judicial la competencia funcional para conocer de dicho recurso de apelación en el caso de resoluciones dictadas por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia»*.

D) *¿Cómo se nombran los árbitros?*

Para responder a esta pregunta debemos atender a lo establecido en los apartados segundo y sexto del artículo 15 de la LA. Debe distinguirse:

a) ¿Quién hace el nombramiento?

Conforme al artículo 15.2:

- En el arbitraje de un solo árbitro, lo nombrará el juez;
- Cuando sean tres árbitros, cada parte nombrará uno y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, quien actuará como presidente del colegio arbitral. Si una parte no nombra al árbitro dentro de los 30 días siguientes a la recepción del requerimiento de la otra para que lo haga, la designación del árbitro se hará por el tribunal competente, a petición de cualquiera de las partes. Lo mismo se aplicará cuando los árbitros designados no consigan ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los 30 días contados desde la última aceptación. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, estos nombrarán un árbitro y aquellos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.
- Si son más de tres, todos serán nombrados por el juez.

b) Forma de elegir a los árbitros

Según lo dispuesto en el artículo 15.6, el Tribunal confeccionará una lista con tres nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Al confeccionar dicha lista el tribunal tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad. En el supuesto de que proceda designar un solo árbitro o un tercer árbitro, el tribunal tendrá también en cuenta la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes y, en su caso, a la de los árbitros ya designados, a la vista de las circunstancias concurrentes. A continuación, se procederá al nombramiento de los árbitros mediante sorteo⁵⁶.

También es interesante lo señalado por la sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015, que aclara que el artículo 15.6 de la LA ha de matizarse en su aplicación si existe avenencia o acuerdo de las partes. Nuevamente se pone de manifiesto la prevalencia que la autonomía de la voluntad tiene en el arbitraje⁵⁷.

4. CONSTANCIA REGISTRAL DEL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

Como ya expuse anteriormente, el convenio arbitral puede tener acceso al Registro de la Propiedad o al Mercantil. Naturalmente, si el convenio designa

nominalmente a quien en su caso habrá de ser árbitro cuando se plantee la controversia, por tratarse de un arbitraje *ad hoc*, la identidad del árbitro se reflejará en el Registro al inscribirse el convenio.

Mayores dudas genera el caso más habitual de designación de los árbitros en un momento posterior, coincidente con el inicio del procedimiento arbitral propiamente dicho. Como hemos ido viendo, los árbitros podrán ser designados por acuerdo entre las partes, de acuerdo con las reglas recogidas en el convenio, por la institución encargada de la administración del arbitraje o a través del procedimiento judicial del artículo 15 de la LA. Son tres las cuestiones dudosas que creo necesario aclarar sobre este extremo:

A) Efectos de la constancia registral del nombramiento de los árbitros

La primera duda que se plantea es la de si tiene alguna utilidad hacer constar en el Registro el nombramiento de un árbitro. La respuesta ha de ser necesariamente afirmativa.

En primer lugar, porque siempre es bueno que el Registro refleje con fidelidad la realidad extrarregistral. Si consta registralmente la tramitación de un procedimiento registral, parece lógico que se refleje en todo momento quién o quiénes son los árbitros encargados de dicho proceso.

Y, en segundo término, porque, dado que el Registro está especialmente encaminado a proporcionar seguridad en el tráfico e información a los terceros, la constancia de la identidad de los árbitros facilita enormemente a dichos terceros la posibilidad de personarse en el procedimiento arbitral en caso de que adquieran acciones o participaciones de una sociedad implicada en el arbitraje, o derechos reales sobre una finca afectada por el procedimiento, o que vean afectados sus intereses de alguna forma.

B) Premisa necesaria para hacer constar registralmente el nombramiento de los árbitros

Como es lógico, al reflejar en el Registro el nombramiento de los árbitros se está expresando al mismo tiempo que se ha iniciado un procedimiento arbitral. Mientras que la inscripción del convenio arbitral es libre y depende de que cualquier persona legitimada para ello (art. 6 LH) lo solicite, la iniciación del procedimiento arbitral solo puede tener acceso al Registro a través del mecanismo de las medidas cautelares, más concretamente, de la anotación preventiva de demanda arbitral.

Consecuentemente, creo que para reflejar en el Registro la identidad de los árbitros designados es imprescindible que, con carácter previo o simultá-

neamente, se haya practicado o se practique la pertinente anotación preventiva. Nuestro sistema procesal y registral no permite que se dé publicidad registral a un procedimiento judicial ni arbitral si no es a través de la adopción de una medida cautelar.

La LEC viene reconociendo desde su aprobación en el año 2000 la posibilidad de que los jueces, a instancia de las partes, puedan adoptar medidas cautelares en relación con el procedimiento arbitral. Por su parte, la LA introduce en nuestro ordenamiento la gran novedad de que también puedan los árbitros decidir la adopción de medidas cautelares. El artículo 23 de la LA ha seguido casi a la letra el texto que propone la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo UNCITRAL, recomendada por la Asamblea General en su Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985): «1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio. Los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante. 2. A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos».

La adopción de una medida cautelar en el procedimiento arbitral está sometida a la necesidad de cumplir una serie de requisitos. Además de la solicitud de parte y la prestación de caución suficiente si los árbitros lo estiman necesario, han de concurrir dos premisas importantes: *fumus boni iuris* (que significa que, sin necesidad de prejuzgar sobre el fondo del litigio, existe una apariencia de buen derecho, de que la pretensión del actor es razonable) y *periculum in mora* (la existencia de un peligro de que, si no se adopta la medida cautelar en cuestión, se produzca un daño irreparable que dejará sin efecto en la práctica el laudo final). Aunque algún autor⁵⁸ considera que estos dos últimos requisitos no son necesarios en el ámbito arbitral, yo coincido con BARONA VILAR⁵⁹, cuando afirma que su omisión «podría llegar a fundar una petición de anulación del laudo cautelar (denominado parcial en la LA/2003), y ello fundándose en el motivo del laudo contrario al orden público, en cuanto comportaría una infracción de los componentes de equilibrio necesarios en el sistema cautelar».

Por todo ello considero que constituye una premisa insoslayable para reflejar en el Registro la identidad de los árbitros, la previa o simultánea anotación preventiva ordenada como medida cautelar por el juez o los árbitros, con el cumplimiento de todos los requisitos propios de dichas medidas.

C) *Título formal necesario*

La cuestión de la forma en el arbitraje y, especialmente, de los requisitos formales que ha de reunir el laudo para acceder al Registro no es en absoluto

pacífica. Para un estudio profundo sobre dicha cuestión, que escapa del objeto de este trabajo, me remito al análisis que realiza MATEO Y VILLA⁶⁰.

Creo que hay que distinguir tres posibilidades:

a) Identificación de los árbitros en el convenio arbitral

Este es el caso que menos dudas plantea. Es evidente que el título formal requerido es el que se exige para la inscripción del propio convenio, es decir la escritura pública notarial.

b) De forma simultánea a la práctica de una anotación preventiva

Este puede ser un supuesto muy habitual. Aquí las dudas son mayores. La cuestión ha sido abordada por la Dirección General en dos resoluciones que mantienen la misma postura⁶¹. El Centro Directivo, distingue dos aspectos distintos: una cosa es dictar la medida cautelar, cuestión en la que no cabe duda de que los árbitros tienen competencia, y otra distinta la ejecución de dicha medida, que se encuentra reservada a los jueces.

Partiendo de esta distinción, la Dirección General hace referencia al artículo 23.2 de la LA (A las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares, cualquiera que sea la forma que revistan, les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de los laudos) y al apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre, que dice expresamente: «obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara. Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes». Esta fórmula legal expuesta es la escogida por el legislador que ha optado con toda claridad por distinguir, en el ámbito competencial del arbitraje, entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva reservando está a los órganos jurisdiccionales. Por ello, concluye, es imprescindible el oportuno mandamiento judicial para poder practicar la anotación preventiva acordada como medida cautelar por el tribunal arbitral.

Es evidente que muchos de estos argumentos son de peso, y que la Ley de Arbitraje evidencia en este punto una absoluta falta de precisión. Pero por mi parte disiento de la solución adoptada por la Dirección General. Aunque es verdad que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, «...dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva», lo cierto es que esa distinción tiene sentido con algunas medidas

cautelares, pero no precisamente con las anotaciones preventivas. Hay medidas cautelares que, una vez acordadas por el árbitro, requerirán de actuaciones materiales de sujetos privados que pueden incluso ser ajenos al procedimiento arbitral y a los que solo la intervención de un juez en vía de ejecución les puede obligar y afectar. Pensemos por ejemplo en el depósito de una cosa mueble, en el embargo de un salario o de una cuenta bancaria, o la intervención de una empresa. Sin embargo, cuando lo que se ordena por el árbitro es la práctica de una anotación preventiva, la única actuación a realizar es la de comunicársela al funcionario público encargado del Registro. Coincido con RUEDA GARCÍA⁶², que sostiene que *«En primer lugar, el artículo 23.2 LA 2003, en relación con el artículo 44 de la misma Ley, establece que a las decisiones arbitrales sobre medidas cautelares les serán de aplicación las normas sobre anulación y ejecución forzosa de laudos. Sin embargo, parece lógico deducir que el legislador pensaba en concreto solo en las medidas que impusieran a una de las partes una condena o una obligación de hacer (como embargos preventivos, depósitos de cosas muebles u órdenes de cesar provisionalmente en una actividad) que naturalmente son susceptibles de ejecución forzosa... En esta línea, el artículo 521.1 de la LEC deja bien claro que “no se despachará ejecución de las sentencias [y laudos] meramente declarativas ni de las constitutivas”»*. Por tanto, podemos concluir que en este tipo de medidas cautelares no existe esa fase ejecutiva que necesariamente la Ley encomienda al juez, puesto que la resolución que adoptan los árbitros es meramente declarativa.

El hecho de que, con carácter general, el artículo 165 del RH exija la presentación de un mandamiento judicial para practicar una anotación preventiva, tampoco es argumento suficiente. Entiendo con RUEDA GARCÍA⁶³ que *«El artículo 165 del RH, cuya versión vigente data de 1959 y que se basa en los artículos 26.2, 42.4º y 73 de la LH, está pensado para préstamos casos en que por mandato judicial se insta una anotación preventiva, exigiéndose lógicamente en ese caso la presentación del mandamiento judicial dirigido al registrador. Pero no ha sido convenientemente revisado para adaptarlo a la nueva realidad del ordenamiento jurídico español en la que un árbitro puede tener las mismas funciones que un juez sin necesidad de intervención judicial y que puede tener competencia para dictar medidas cautelares con efectos registrales»*.

También me parece interesante traer a colación *Informe sobre el arbitraje societario en España*, elaborado por una comisión de expertos promovida por el Club Español del Arbitraje⁶⁴, que, pensando exclusivamente en el arbitraje societario, señala: *«La resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006 resolvió un arbitraje no estatutario antes de la reforma de 2011. En este arbitraje los árbitros habían decretado una prohibición de disponer sobre una serie de fincas. La DGRN decidió que la inscripción de la medida cautelar acordada por los árbitros en el laudo arbitral exigía el auxilio del juez competente. La argumentación no resulta extensible*

a un arbitraje estatutario tras la reforma de 2011. En este caso el artículo 11 ter 1 permite expresamente la inscripción del laudo que declare la nulidad de un acuerdo inscribible. Con más razón será posible la inscripción de un laudo que cautelarmente ordene inscribir la simple existencia del proceso arbitral, o la suspensión pro tem del acuerdo impugnado».

Por todo ello, y sin poder ahora realizar un estudio en profundidad sobre la cuestión, entiendo que no es necesario para practicar una anotación preventiva ordenada por un árbitro que se obtenga el correspondiente mandamiento judicial. Sería suficiente con la certificación librada por el secretario de la corte arbitral o por el propio árbitro que ha dictado el laudo de medidas cautelares, comprensiva del referido laudo, siempre que dicha certificación se firme electrónicamente o que la firma se legitime notarialmente o se ratifique en presencia del registrador.

- c) Que el nombramiento se realice después de que ya conste en el Registro la correspondiente anotación preventiva

Esto puede ocurrir en dos casos. Si antes de iniciarse el procedimiento arbitral se piden medidas cautelares, conforme establece el artículo 11.3 de la LA y el 722 de la LEC. Estos preceptos solo prevén que en estas circunstancias las medidas cautelares las adopte un juez, aunque en la práctica arbitral se está generalizando la figura del árbitro de emergencia, que quizá también podría tener reconocida la competencia para acordarlas. Y, en segundo lugar, si después de haberse practicado la anotación preventiva una vez iniciado el procedimiento, se produce un cambio de árbitros por imposibilidad o por abstención o recusación de estos.

En estos casos, al igual que sostuve en el apartado anterior, creo que sería suficiente con la certificación librada por el secretario de la corte arbitral o por el propio árbitro, siempre que dicha certificación se firme electrónicamente o que la firma se legitime notarialmente o se ratifique en presencia del registrador.

IV. EXIGENCIA DE IMPARCIALIDAD

Como ya comentaba al principio de este trabajo, el arbitraje está basado en la confianza que las partes litigantes tienen en el árbitro. Y dicha confianza tiene que estar asentada en la plena imparcialidad de los árbitros. Una interesante sentencia de 4 de noviembre de 2016 del TSJ de Madrid aborda en profundidad este requisito de imparcialidad, no solo del árbitro, sino también de la corte encargada de la administración del arbitraje. Voy a analizar las implicaciones y el alcance que tiene el principio de imparcialidad en el procedimiento arbitral, siguiendo en buena medida los razonamientos recogidos en esta sentencia.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Afirma GONZÁLEZ SORIA⁶⁵ que: *«los árbitros no solo deben ser independientes sino también —al igual que los jueces— deben ser imparciales. La independencia es una cuestión de hecho, la imparcialidad una actitud, un estado mental de ausencia de prejuicios con respecto a la cuestión concreta que debe ser juzgada y un comportamiento procesal que sitúa a ambas partes en una situación de igualdad».*

Según SERRADA⁶⁶, *«en esta materia, cada vez tiene más trascendencia, a mi juicio, la apariencia de imparcialidad e independencia que en todo momento debe mantener el árbitro, dando por supuesto, naturalmente, que efectivamente es imparcial e independiente».*

Como en muchas ocasiones ocurre, el análisis de determinados aspectos del proceso arbitral ha de partir de una premisa: la consideración constitucional del arbitraje como un *equivalente jurisdiccional*. No debemos olvidar que cuando las partes, en ejercicio de su libertad, acuden al arbitraje, están renunciando al derecho constitucional a un proceso judicial. Pero eso no significa que el procedimiento arbitral pueda prescindir de la garantía de principios constitucionalmente previstos para el proceso judicial: Sin duda, entre esos principios está el de garantizar la imparcialidad del árbitro.

Es especialmente clara la sentencia que estoy comentando: *«Como recordamos recientemente en nuestra sentencia 55/2016, de 19 de julio (proceso de anulación 93/2015) —FJ 3—, es inconcusa la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del arbitraje y sobre las garantías que ha de reunir el procedimiento arbitral: la STC 174/1995 expresamente proclama que ‘...el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)’. El árbitro y la institución administradora del arbitraje no ejercen, stricto sensu, la función jurisdiccional, pero sí una función pública de resolución de conflictos tutelada por la Ley: función la de laudar que es de interés público, porque subviene al mismo fin y ostenta la misma fuerza que las decisiones dictadas en el desempeño de la función jurisdiccional. De ahí que el Tribunal Constitucional, y con él la generalidad de la jurisprudencia y de la doctrina, hayan calificado el arbitraje de “equivalente jurisdiccional”».*

Es por ello que la propia sentencia nos recuerda que *«si bien la imparcialidad del árbitro no es exactamente coincidente con la del juez —goza de y ha de ser analizada con mayor flexibilidad—, sí se configura como una exigencia imprescindible de la recta sustanciación del procedimiento arbitral, de que este se desenvuelva con las garantías inherentes a un proceso equitativo, como equivalente jurisdiccional que es».*

Con carácter general, GONZÁLEZ SORIA⁶⁷ señala que las leyes de arbitraje, para garantizar la imparcialidad de los árbitros, suelen prever un sistema basado en los siguientes principios: «a) *El deber de los árbitros de ser y permanecer independientes e imparciales, absteniéndose de mantener relaciones con las partes que puedan comprometer su independencia e imparcialidad.* b) *El deber de los árbitros de revelar previamente o durante el procedimiento, motu proprio o a petición de una de las partes, toda circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad.* c) *El derecho de las partes a recusar al árbitro cuando concurren circunstancias que efectivamente comprometan su independencia e imparcialidad*».

2. ¿CÓMO REGULA LA IMPARCIALIDAD LA LEY DE ARBITRAJE?

Nuestra Ley de Arbitraje regula la imparcialidad del árbitro a través de tres disposiciones. En primer lugar, encontramos un mandato en el primer inciso del artículo 15.2: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad». A continuación, el artículo 17.1 establece una prohibición: «Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial». Y, finalmente, el mismo artículo 17, en su apartado segundo, recoge una obligación complementaria: «La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia. El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida. En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con algunas de las otras partes».

En relación con el respeto al principio de igualdad ya me he pronunciado cuando traté el proceso de designación de los árbitros. No obstante, resulta conveniente insistir en que la vulneración del principio de igualdad no requiere la intencionalidad de las partes, sino que es un hecho objetivo⁶⁸. Por tanto, la falta de respeto de este principio de igualdad vicia de forma objetiva el arbitraje, con independencia de la forma en que luego se comporte el árbitro. De ahí que resulte esencial que los modelos de cláusulas arbitrales y los estatutos de las instituciones encargadas de la administración del arbitraje sean especialmente cuidadosos al delimitar la posición de las partes en el procedimiento de designación de los árbitros, evitando cualquier sombra de duda respecto a su plena igualdad en ese momento tan determinante. De hecho, entiendo que, si se trata de un convenio arbitral que pretende su acceso al Registro, el registrador ha de rechazar la inscripción si aprecia que el sistema de designación de árbitros pactado atenta contra el principio de igualdad de las partes.

3. IMPARCIALIDAD DEL ÁRBITRO

La necesaria imparcialidad del árbitro constituye uno de los pilares del arbitraje. La imparcialidad ha de ser de presente y de futuro. Como señala la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016: *«La exigencia categórica e indeclinable del artículo 17.1 LA debe entenderse referida tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes —una o todas— que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si estas existieran en el momento de la designación —en determinados casos incluso antes— podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro».*

No obstante, puede haber casos en los que las partes al designar al árbitro ya conozcan determinadas circunstancias que teóricamente puedan afectar a su imparcialidad objetiva. Lógicamente, si las partes no estiman que eso afecte al correcto desarrollo del procedimiento arbitral, no podrán luego impugnar el laudo por dichos motivos. Otra vez sale a relucir la prevalencia absoluta del principio de autonomía de la voluntad en el arbitraje⁶⁹.

En cuanto al alcance del concepto de imparcialidad del árbitro, el artículo 17 solo contiene referencias muy generales: «mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», o «las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia». Se trata, por tanto, de un problema que deberá analizarse en cada caso concreto⁷⁰.

No obstante, sí podemos citar la sentencia de 12 de junio de 2013, del TSJ de Madrid, que trata de ofrecer criterios generales sobre los casos en que se puede apreciar la parcialidad del árbitro. Para ello acude a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la imparcialidad de jueces y magistrados⁷¹.

También se pueden tener como referentes a la hora de valorar si concurren circunstancias que comprometan la imparcialidad, reglas generalmente aceptadas en el ámbito internacional, como las del IBA (International Bar Association)⁷². Así lo admite la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017, que considera estas directrices como una adecuada referencia, aunque la Sala tendrá siempre libertad de decisión al respecto⁷³.

Aunque es cierto que el artículo 17 impone al árbitro el deber de revelar las situaciones que afecten a su imparcialidad, debe quedar claro que lo importante no es que se incumpla ese deber, sino que en efecto concurran las circunstancias determinantes de la parcialidad del árbitro⁷⁴.

En la misma línea, y citando como argumento de autoridad las Directrices IBA sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional, señala la sentencia del TSJ de Madrid de 27 de octubre de 2017 que lo importante no es el mayor o menor detalle con que los árbitros cumplen su deber de revelación de circunstancias que cuestionen su imparcialidad, sin la efectiva influencia en el caso concreto de dichas circunstancias⁷⁵.

Pueden citarse también algunos otros fallos judiciales que resuelven casos concretos intentando dilucidar si el árbitro mantuvo o no la imparcialidad exigida:

- La sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2013: considera que no se rompe la imparcialidad de la corte arbitral de la Cámara de Comercio por el hecho de que una de las partes sea un banco. El mero hecho de pertenecer a la Cámara de Comercio no se considera motivo suficiente para apreciar parcialidad⁷⁶.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 12 de junio de 2013: recoge esta sentencia ya citada ante un interesante caso en el que los hechos en los que se basa la sospecha de parcialidad se refieren a expresiones públicas, en una página de presentación de la firma de abogados a la que pertenece la árbitro recusada y en una conferencia pronunciada por ella después de su designación en el proceso arbitral —hechos acreditados en la documentación aportada con la demanda—, y en ser una «conocida activista» en contra de las entidades bancarias —circunstancia esta que no se ha intentado acreditar de forma alguna—. El Tribunal no va a apreciar la reclamada parcialidad del árbitro⁷⁷.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: se refiere este fallo a las eventuales relaciones de amistad o enemistad de los árbitros con los abogados de las partes. Se entiende que, como regla general, las relaciones de amistad o la posible enemistad entre los árbitros y los abogados que representan a las partes en el procedimiento no afectan a la imparcialidad⁷⁸.

- La sentencia de 3 de junio de 2014 del TSJ de Madrid: considera que no queda comprometida la imparcialidad del árbitro por el hecho de que la Corte arbitral en la que se integra realice actuaciones de fomento del arbitraje. Es obvio que solo si esas actividades implican el establecimiento de relaciones económicas o profesionales con alguna de las partes, podría ponerse en duda la imparcialidad de los árbitros⁷⁹.

- La sentencia del TSJ de Cataluña de 29 de julio de 2014: partiendo de la base de que, como ha quedado expuesto, la imparcialidad del árbitro se predica respecto de las partes y no de sus abogados, se introduce algún matiz, aunque sin llegar al extremo de que las meras relaciones de conocimiento y cortesía

profesional entre el árbitro y los abogados de parte, pueda ser considerada causa de parcialidad⁸⁰.

- La sentencia del TSJ de Asturias de 25 de abril de 2017: aborda este fallo los equilibrios de imparcialidad de los árbitros entre sí, llegando a sostener que la sanción de nulidad del laudo habría de predicarse también cuando el conflicto de intereses fuese entre los árbitros, estando, en principio, las partes alejadas de aquellos⁸¹.

4. IMPARCIALIDAD DE LA INSTITUCIÓN ENCARGADA DE ADMINISTRAR EL ARBITRAJE

Las referencias que la LA recoge en su articulado al concepto de independencia están siempre relacionadas con los árbitros, no con las instituciones encargadas de administrar el arbitraje. De hecho, el artículo 14.3 impone a las cortes arbitrales obligaciones referidas a los árbitros, sin aludir a ningún requisito de independencia de la propia institución: «Las instituciones arbitrales velarán por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia».

Es por ello por lo que encontramos fallos judiciales que niegan que se pueda apreciar la parcialidad de la corte arbitral como fundamento para la anulación del laudo. Así, la sentencia del TSJ de Madrid de 18 de junio de 2013: *«debe precisarse, en primer término, que la imparcialidad que se predica en la Ley de Arbitraje viene siempre referida a los árbitros, no a la institución administradora del arbitraje. Así se señala en la Exposición de Motivos de esa ley al mencionar (apartado IV, párrafo tercero) “el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje”, refiriéndose posteriormente en su artículo 17, al regular la abstención y recusación, al deber personal de todo árbitro de ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial, sin que, en todo caso, pueda mantener con las partes relación personal, profesional o comercial, estando obligada “la persona propuesta para ser árbitro” “todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia”, teniendo obligación “el árbitro, a partir de su nombramiento”, de revelar a “las partes sin demora cualquier circunstancia sobrevenida». Siendo así personales los motivos de recusación del árbitro, no colectivos de la institución administradora del arbitraje, como se deduce del apartado 3 del mismo artículo 17 al establecer que “un árbitro solo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes”, debe rechazarse que la sola vinculación de la Corte Española de la Franquicia, administradora en este caso del arbitraje, con empresas del sector pueda dar lugar a la anulación del*

laudo arbitral dictado». En el mismo sentido la sentencia del TSJ de Madrid de 10 de junio de 2014.

Pero también existe una línea jurisprudencial que sostiene, en sentido opuesto, que la corte arbitral ha de respetar el requisito de la imparcialidad. Pueden citarse a este respecto las siguientes sentencias a título de ejemplo:

- La sentencia del TSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012 considera que las relaciones profesionales de la corte arbitral y los abogados de una de las partes ha determinado que mantenga la imparcialidad necesaria⁸².

- La sentencia del TSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2014⁸³ llega a cuestionarse la propia validez del convenio arbitral en un caso en el que la institución a la que se acuerda encomendar la administración del arbitraje (Cámara Oficial de Comercio) tiene una importante participación en el capital de una de las partes (IFEMA), sin que tal circunstancia conste que haya sido conocido por la otra parte firmante del convenio: *«la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad —incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra—, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aún y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad»*.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 establece con claridad la conclusión de que la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, *mutatis mutandis*, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Los principios constitucionales que han de presidir el desarrollo del arbitraje y la práctica plasmada en las recomendaciones del Club Español de Arbitraje o en las Directrices IBA⁸⁴.

- La sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017: aunque parte de la premisa de que generalmente la idea de imparcialidad está referida al árbitro, también reconoce que la necesaria prevalencia del principio de igualdad en todo el procedimiento arbitral obliga a rechazar la posibilidad de que la institución arbitral a la que se encomienda la administración del arbitraje esté vinculada a una de las partes⁸⁵.

En mi opinión, parece más acertada esta segunda corriente jurisprudencial. Considerando la naturaleza del arbitraje y teniendo en cuenta la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la necesidad de que también se respeten en el proceso arbitral los principios que la propia Constitución consagra, sería incomprensible no exigir que la institución encargada de administrar el arbitraje mantenga una exquisita neutralidad en el desarrollo de sus funciones.

Ello, no obstante, tampoco parece aconsejable extender sin límite las exigencias de imparcialidad de la corte arbitral. En este sentido conviene citar a

JIMÉNEZ-BLANCO⁸⁶, que, alaba el criterio sostenido por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de junio de 2008, que desestimó la acción de anulación de un laudo fundada en el hecho de que el letrado de una de las partes figuraba en la lista de árbitros de la institución encargada de administrar el arbitraje⁸⁷.

Por otro lado, no debemos olvidar lo que dispone el artículo 4 de la LA: «Cuando una disposición de esta ley: a) Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión, excepto en el caso previsto en el artículo 34. b) Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido».

Como apunta la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017, esta integración de la voluntad de las partes en los casos de arbitraje administrado, pone de manifiesto la necesidad de que la actuación de la institución que administra el arbitraje deba estar siempre presidida por la ecuanimidad y la imparcialidad⁸⁸.

5. EL INSTRUMENTO DE LA RECUSACIÓN

Hasta ahora me he referido a los deberes que, tanto los árbitros, como las instituciones encargadas de administrar el arbitraje tienen de mantener la imparcialidad y de revelar cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a dudas sobre dicha imparcialidad. Pero, al margen de la actuación de los árbitros, las partes también tienen instrumentos para reaccionar cuando consideren que la imparcialidad de los árbitros está en tela de juicio.

Los artículos 17.3 y 18 de la LA regulan el procedimiento de recusación de los árbitros, por medio del cual cada una de las partes podrá solicitar el apartamiento de cualquiera de los árbitros que, a su juicio, estuviera incurso en circunstancias que afecten a su imparcialidad o independencia o no poseyera las cualificaciones convenidas por las partes para su nombramiento.

La única limitación que establece el artículo 17.3, *in fine*, es que una parte solo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.

Respecto al procedimiento para llevar a efecto la recusación, el artículo 18, siguiendo el principio de autonomía de la voluntad que es tan consustancial al arbitraje, dispone en su apartado primero: «Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros». Si dicho procedimiento no se hubiera acordado, se estará a las siguientes reglas:

- Plazo para plantear la recusación: dentro de los quince días siguientes en que tenga conocimiento de la aceptación o de cualquiera de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia.

- ¿Quién resuelve si concurre o no causa de recusación? A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá a los árbitros decidir sobre esta.

- ¿Cabe algún tipo de recurso? Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo.

- ¿Y si se trata de un arbitraje administrado? En este caso, por aplicación de lo establecido en el artículo 18.1 en relación con el artículo 4 de la LA, habrá que estar a lo establecido por el respectivo reglamento de la corte que tenga encomendado el arbitraje. De manera muy sintética podemos afirmar que todas las instituciones arbitrales prevén en sus reglamentos que sea la propia corte la que resuelva las solicitudes de recusación. También casi todas establecen un plazo de quince días para formular la recusación, aunque hay algunas que disminuyen ese plazo (10 días el Colegio de Abogados de Madrid, 6 días el Tribunal Arbitral de Barcelona y 5 días el CIMA).

Pero ¿qué ocurre si alguna de las partes no utiliza en plazo este instrumento de la recusación? Para dar respuesta a esta pregunta hay que acudir a lo que prevé el artículo 6 de la LA: «Renuncia tácita a las facultades de impugnación. Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley».

La jurisprudencia ha insistido en numerosos fallos en la imposibilidad de que una de las partes invoque la falta de imparcialidad de un árbitro al ejercitar la acción de anulación del laudo, si, habiendo tenido conocimiento de los hechos que supuestamente provocaban esa parcialidad, no planteó la recusación en tiempo y forma. Podemos citar numerosas sentencias (11 de abril de 2012, 1 de abril de 2013, 28 de marzo de 2014, 14 de abril y 13 de diciembre de 2016 del TSJ de Madrid, 1 de abril de 2013 del TSJ de Galicia, 5 de mayo de 2014 del TSJ de Baleares, ó 20 de noviembre de 2014 del TSJ de Cataluña). Dice, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Madrid de 1 de abril de 2013: «*Tampoco pueden aceptarse las alegaciones al respecto; dando por reproducidos los fundamentos anteriores en cuanto a la inexistencia objetiva de parcialidad, no consta que el demandante hubiera procedido a formular recusación de la designación del árbitro en los términos y plazo a que se refiere el artículo 18 de la LA, siendo por tanto de aplicación el artículo 6 del mismo Cuerpo legal, atinente a la*

renuncia tácita a las facultades de impugnación, donde se establece que Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley».

6. LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL LAUDO

En los casos en los que una de las partes ha planteado dentro de plazo la recusación de alguno de los árbitros, pero la misma no ha sido admitida, siempre tendrá, como reconoce el artículo 18.3 de la LA, la posibilidad de volver a intentarlo cuando ejercite la acción de anulación del laudo: «Si no prosperase la recusación planteada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en el apartado anterior, la parte recusante podrá, en su caso, hacer valer la recusación al impugnar el laudo».

Parece lógico admitir también que pueda usarse la acción de anulación del laudo si la causa de recusación ha sido conocida por alguna de las partes después de que se hubiera dictado el laudo.

La acción de anulación del laudo está regulada en el artículo 41 de la LA. Se trata de una acción que necesariamente ha de estar fundamentada en alguno de los motivos que dicho artículo enuncia. La falta de imparcialidad de un árbitro, si efectivamente se demuestra, supondrá la anulación del laudo por haberse vulnerado el orden público, desde su perspectiva procesal. Es muy clarificadora a este respecto la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: «Este Tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse, en numerosas ocasiones en torno al orden público en materia de arbitraje señalando que es el que en su día fue establecido por el Tribunal Constitucional que entendía que un laudo arbitral atentaba a nuestro orden público procesal cuando hubiese vulnerado los derechos fundamentales y las libertades públicas garantizadas constitucionalmente a través del artículo 24 CE (STC 43/1986, de 15 de abril, cuya doctrina han reiterado luego las SSTC 54/1989, de 23 de febrero; 132/1991, de 17 de junio y 91/2000, de 30 de marzo); orden público procesal que se identifica con el derecho de defensa y con los principios procesales fundamentales de audiencia, contradicción e igualdad. La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse “in casu”, tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicio no concluyentes, incapaces de

destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean estos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza».

Pero es que también, en determinadas ocasiones, la falta de imparcialidad del árbitro o de la entidad encargada de administrar el arbitraje puede incluso implicar la nulidad del convenio arbitral. Este es el criterio que recoge la sentencia del TSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017: *«Como hemos dicho en otras ocasiones, esta eventualidad, en que se ve concernida expresamente la infracción del artículo 14 CE (RCL 1978, 2836) por el hecho en sí de haberse sometido a un arbitraje mediante estrechas vinculaciones entre la entidad a la que se encomienda el arbitraje y una de las partes intervinientes en el procedimiento arbitral, puede abocar, de ser estimada, a una anulación del Laudo por infracción del orden público, pero también puede incidir en la existencia misma del convenio arbitral, presupuesto incluso del examen de su eventual eficacia. Lo hemos señalado con reiteración —v.gr., sentencias 65/2015 y 55/2016 (JUR 2016, 209874): la estimación de un alegato semejante conllevaría la radical nulidad del convenio arbitral por vulneración del principio de igualdad en su conformación misma».*

V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE REGISTRADORES Y NOTARIOS

1. DIFERENCIAS EN EL EJERCICIO DE AMBAS FUNCIONES

Notarios y registradores de la propiedad son dos cuerpos de funcionarios del Estado que tienen algunas características coincidentes entre sí, pero que en absoluto son asimilables. En efecto, como he señalado, ambos son funcionarios públicos, que deben superar una exigente oposición con un temario parecido. Los dos dependen del mismo Centro Directivo, la Dirección General de los Registros y del Notariado del Ministerio de Justicia. También en ambos casos su régimen de organización y funcionamiento es el propio de un profesional y ambos operan fundamentalmente en el ámbito inmobiliario y mercantil.

Pero entre ellos hay notables diferencias. Los notarios, mediante su intervención en la autorización de escrituras y actas, controlan la identidad, la capacidad y las facultades representativas de los otorgantes, dan fe de sus manifestaciones y declaraciones de voluntad y, como dice el artículo 147 del Reglamento Notarial, deben redactar el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberán indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informar a aquellos del valor y alcance de su redacción, de conformidad con el artículo 17 bis de la Ley del Notariado.

Sin embargo, como quedó bien claro en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2008, no hay ninguna previsión legal que

reconozca a los notarios la potestad de realizar un juicio de legalidad sobre el acto o negocio que se documenta con su intervención. No podemos olvidar que el juicio de legalidad supone la atribución por parte del Estado de un reconocimiento de validez del negocio documentado que solo podría desvirtuarse por medio de una sentencia judicial. El legislador, con buen sentido, nunca ha tomado la decisión de encomendar esta potestad de control de legalidad a los notarios. Hay que tener en cuenta que los notarios son unos profesionales que actúan bajo el sistema de la libre competencia (art. 126 del Reglamento Notarial, párrafos primero y cuarto: «Párrafo 1º: Todo aquel que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se la preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre estos. Párrafo 4º: Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual»). Y no parece que una potestad pública de tal trascendencia pueda encomendarse a un regulador que es elegido libremente por las partes que se supone han de ser los sometidas a control.

Por el contrario, los registradores de la propiedad sí que tienen como nota esencial definidora de su función el control de legalidad. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria dispone 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». Con la restricción de poder revisar el fondo de la decisión administrativa o judicial, también los artículos 99 y 100 del Reglamento Hipotecario atribuyen al registrador el control de legalidad de ambos tipos de documentos.

En este sentido debe citarse la sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017 que, de una forma contundente, declara: *«Esta función revisora debe hacerse en el marco de la función calificadora que con carácter general le confiere al registrador el artículo 18 LH, y más en particular respecto de los documentos expedidos por la autoridad judicial el artículo 100 RH. Conforme al artículo 18 LH, el registrador de la propiedad debe calificar, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos registrales. Y, en relación con la inscripción de los mandamientos judiciales, el artículo 100 RH dispone que la calificación registral se limitará a la competencia del juzgado o tribunal, a la congruencia del mandamiento con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado, a las formalidades extrín-*

secas del documento presentado y a los obstáculos que surjan del Registro. Está función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia. Pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal».

El alcance y sentido de este control de legalidad que realiza el registrador lo explica muy bien la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de julio de 2017⁸⁹. Partiendo del efecto transformador que la inscripción provoca en la titularidad jurídico real, destaca la función de salvaguarda de la legalidad que el legislador ha encomendado a los registradores. Por eso, para que el Estado haga ese reconocimiento que transforma cualitativamente al derecho real que se inscribe, resulta imprescindible someterlo a un estricto control de legalidad a través de la calificación registral.

Y para poder ejercer este control de legalidad con plenas garantías de imparcialidad, la legislación hipotecaria desde 1861 ha previsto que los registradores estén sometidos al principio de competencia territorial. Así, el artículo 1 de la Ley Hipotecaria dispone en sus dos párrafos: «El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Las expresadas inscripciones o anotaciones se harán en el Registro en cuya circunscripción territorial radiquen los inmuebles». Por tanto, no son los sujetos a control los que eligen al regulador.

Estas diferencias en la forma de ejercicio de sus respectivas profesiones tienen una gran influencia a la hora de valorar las posibles causas de parcialidad de estos funcionarios en caso de que sean designados árbitros.

2. EL CASO OBJETO DE LA SENTENCIA

La sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 analiza un caso en el que el Tribunal Arbitral de Barcelona designó como árbitro a un notario de Madrid. La parte vencida en el arbitraje interpone la correspondiente acción de anulación del laudo argumentando: «*Entiende la actora que existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad del árbitro —de su apariencia de imparcialidad—, pues sus relaciones con CAIXABANK no son episódicas ni intrascendentes dada la evidente conexión entre la labor notarial y gran parte de las operaciones bancarias; abunda en tales sospechas la total ocultación inicial —y la parcial omisión sobrevenida— de los aludidos vínculos profesionales... Niega BAJOS, asimismo, toda relevancia a los argumentos vertidos por el árbitro acerca de que la naturaleza pública y obligatoria de su función*

como notario, su asesoramiento imparcial cuando actúa como tal, preservan su imparcialidad en el arbitraje: recuerda BAJEZ que el régimen de responsabilidad civil del notario es el correspondiente al arrendamiento de servicios y que, en el desempeño de su actividad, presta un servicio profesional que es retribuido por los particulares que demandan la actuación notarial. En esta línea argumentativa, pone especial énfasis la demandante en la necesidad de no obviar que, en casos como el que nos ocupa, los servicios notariales se prestan en régimen de competencia y que las entidades bancarias pueden contratar o dejar de contratar con el árbitro o con cualquier otro notario de Madrid, y que en dicha decisión puede influir la evolución y el resultado de un arbitraje como el que se sustancia, cuya gran importancia económica no se discute. En el acto de la vista enfatiza la demandante cómo en el año 2016 —pendiente el arbitraje— se han incrementado muy significativamente los instrumentos públicos en que ha sido parte CAIXABANK y que han sido protocolizados por el Árbitro en su actuación como notario».

La Sala del TSJ de Madrid sostiene al respecto: «La exigencia categórica e indeclinable del artículo 17.1 LA debe entenderse referida tanto al momento presente como al momento futuro. De un lado, la Ley quiere destacar que, en el momento de la designación como árbitro, no deben existir ciertas relaciones entre los árbitros y las partes —una o todas— que puedan poner en entredicho las garantías de imparcialidad e independencia. De otro lado, la prohibición no puede dejar de proyectarse pro futuro, de tal modo que las partes no se relacionen extraprocesalmente con el árbitro mientras se desarrolla el procedimiento arbitral y hasta que se dicte el laudo. Tales relaciones podrían dar lugar a sospechas fundadas sobre la imparcialidad e independencia del árbitro; de ahí que, para evitar recusaciones por esos motivos sobrevenidos, el legislador impone el deber de que entre las partes y los árbitros se mantenga la distancia necesaria que requieren las garantías de neutralidad e independencia. Estamos, en efecto, ante una verdadera prohibición: la Ley prohíbe tales relaciones, y si estas existieran en el momento de la designación —en determinados casos incluso antes— podrían ser alegadas como motivo de recusación y, en su caso, dar lugar a la sustitución del árbitro».

Y, sobre estas premisas, la Sala decide: «Nadie duda de los rasgos definitorios o inherentes al recto ejercicio de la función notarial —asesoramiento imparcial en la observancia de la legalidad. Pero lo relevante para la decisión del presente caso no es cómo el notario desempeña su cometido, sino si este, aun rectamente ejercitado, puede entrañar una colusión de intereses con la función arbitral, que es de naturaleza pública y que tiene sus propias e ineludibles exigencias de imparcialidad e independencia (...). Ni es trivial ni inocua, cara a fundar las dudas razonables sobre la parcialidad del árbitro, su relación profesional como notario con un banco —y, a fortiori lo decimos, con uno de los principales del país— que es parte en el procedimiento arbitral.

Más aún: por su naturaleza y por la de las actividades que desempeña una entidad financiera es un «posible cliente recurrente o preferente» del notario, y lo es en un ámbito, el ejercicio de la función notarial, regido por el principio de libre elección de notario (art. 126 RN), en el que es el cliente quien elige y retribuye al notario —y máxime en una demarcación territorial como el Distrito de Madrid (art. 117 RN). Resulta entonces fundado y cabal que BAJEZ ponga en entredicho la apariencia de imparcialidad de un árbitro cuyo quehacer profesional estable es indisociable de la cotidiana actividad mercantil de una de las partes intervinientes en el arbitraje. En suma: vistas las circunstancias del caso, la Sala entiende como razonables y objetivamente fundadas las dudas de BAJEZ EÓLICA sobre la imparcialidad del árbitro, Sr. B., que debió abstenerse y, en su caso, ser removido por el TAB. Los Laudos impugnados infringen, pues, el orden público al haber sido dictados por un árbitro no imparcial. El motivo es estimado».

Parece, por tanto, que el ejercicio profesional de los notarios puede hacer que les genere relaciones con clientes que pondrán en duda justificadamente su imparcialidad a la hora de actuar como árbitros en procedimientos en los que esos mismos clientes tengan algún interés. La mayor o menor actividad profesional de un notario va a depender en gran medida de la buena relación con sus clientes, especialmente con los que actúan masivamente en el tráfico: entidades financieras, inmobiliarias, grandes sociedades mercantiles, despachos de abogados... Si un notario autoriza habitualmente documentos en los que interviene alguno de estos actores, ya sea directamente como otorgante, ya como asesor de alguno de los otorgantes, es difícil que mantenga la apariencia de imparcialidad que la ley exige a quien actúa como árbitro en un procedimiento. Y el Tribunal fundamenta esa parcialidad aludiendo a la particular forma de actuación de los notarios: «el ejercicio de la función notarial, regido por el principio de libre elección de notario (art. 126 RN), en el que es el cliente quien elige y retribuye al notario».

Es por ello por lo que, si un notario es propuesto como árbitro, debe revelar a las partes la existencia de documentos en que intervengan directa o indirectamente cualquiera de las partes y que hayan sido autorizados por el propio notario con anterioridad al inicio del arbitraje. La ocultación de estas circunstancias impediría a las partes el legítimo derecho a instar la recusación del árbitro y provocaría un vicio en el laudo que podría dar pie a su anulación vía acción del artículo 41 LA. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad civil en que pudieran incurrir conforme al artículo 21 de la LA.

Además, al menos mientras se esté desarrollando el procedimiento arbitral, el notario deberá abstenerse de intervenir en operaciones en las que alguna de las partes tenga intereses directos. Así se desprende de lo establecido en el último párrafo del artículo 139 del Reglamento Notarial: «El notario no podrá autorizar o intervenir instrumentos públicos respecto de personas físicas o jurídicas con

las que mantenga una relación de servicios profesionales». Incluso, añadido yo, debería excusarse de autorizar instrumentos públicos en los que esté interesada la parte favorecida por el laudo durante un periodo de tiempo razonable después de que el proceso arbitral haya concluido.

3. IMPARCIALIDAD DE LOS REGISTRADORES

Ya he señalado antes la gran diferencia que existe entre los notarios y registradores respecto a la forma de ejercicio de sus respectivas funciones. Los registradores sí que están sometidos al principio de competencia territorial, sin que el usuario del servicio registral pueda elegir al registrador que ha de calificar el título inscribible.

Este hecho cambia por completo la perspectiva respecto a su imparcialidad. Pensemos que, en un caso como el analizado en la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016, si en lugar de haberse nombrado árbitro a un notario se hubiera designado a un registrador, aunque es probable que también el registrador haya calificado en los últimos años escrituras y documentos judiciales en los que CAIXABANK habrá estado interesada, dicha circunstancia no generaría ninguna sombra de parcialidad en su actuación como árbitro, dado que en todos esos casos ha sido el principio de competencia territorial y no la libre elección del banco, el que ha propiciado la intervención del registrador⁹⁰.

Ocurre algo similar a lo que se plantea con los jueces. No parece viable alegar la falta de imparcialidad de un juez solo por el hecho de que ese mismo juez ha intervenido en procedimientos en los que alguna de las partes ha estado interesada. El juez, como el registrador, resulta determinado a través de las reglas de competencia.

Quizá podría plantearse, a la inversa, una alegación del banco que actúa en el procedimiento arbitral como parte, en el caso de que en los años inmediatamente anteriores hubiera mantenido algún conflicto con el registrador árbitro con ocasión de alguna calificación registral con la que el banco hubiera estado disconforme e, incluso, hubiera dado lugar a algún tipo de recurso. ¿Existiría en este supuesto motivo de recusación por enemistad manifiesta?

Aunque la cuestión de la obligación de abstención y de la consiguiente incompatibilidad del registrador en su actuación como funcionario está escasamente regulada en nuestro ordenamiento (el art. 102, párrafo primero, del RH solo les prohíbe calificar documentos en los que ellos mismos o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, o sus clientes o representados, tengan «algún interés en los mismos»), la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tratado de ofrecer algunas pautas aclaratorias a través de la remisión al régimen de los jueces y magistrados. En concreto, la resolución de 7 de abril de 2016, en un caso en el que una persona solicitaba

una certificación manifestando que su objetivo era la interposición de una acción de responsabilidad civil contra el registrador que tenía que expedirla, trata de establecer algunas conclusiones bastante interesantes⁹¹:

- Se empieza reconociendo que la regulación prevista en el artículo 102 del RH es claramente insuficiente. Ello implica la necesidad de acudir a la analogía.

- A la hora de buscar normas que permitan esa aplicación analógica, se parte de la premisa de que los registradores actúan de forma independiente y bajo su responsabilidad personal (art. 18 de la Ley Hipotecaria), pero sujetos al principio de imparcialidad. Si hay un caso en el que esas notas adquieren una especial relevancia, es el de la función judicial. Por tanto, hay que acudir a las normas recogidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

- Además, considera necesario tener en cuenta la doctrina que sobre la cuestión ha mantenido nuestro Tribunal Constitucional, inspirada a su vez en la recogida en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Según esa doctrina, ha de distinguirse entre una imparcialidad objetiva y subjetiva, siendo imprescindible que en cada caso se pruebe cumplidamente dicha falta de imparcialidad. No basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas.

- Con estas premisas, llega a la conclusión de que no procede la abstención del registrador, porque entender que la mera manifestación de quien presenta un documento en el Registro acerca de la eventual futura interposición de una demanda contra el registrador es motivo suficiente para considerar que este incurre en situación de incompatibilidad, supondría facilitar un mecanismo para eludir la regla de competencia territorial que en nuestro sistema registral establece el artículo 1.2º de la Ley Hipotecaria.

Parece, en consecuencia, que, aunque habría que analizar caso a caso, el mero hecho de que una de las partes de un procedimiento en el que actúe como árbitro un registrador haya mantenido discrepancias con él con ocasión de la calificación de documentos en los que dicha parte estuviera interesada, no constituye por sí mismo motivo suficiente para justificar la alegación de falta de imparcialidad.

VI. CONCLUSIONES

El arbitraje es un procedimiento, fundado en el acuerdo de las partes, que encomiendan a un árbitro la resolución de un determinado conflicto. Aunque no tiene un reconocimiento expreso en nuestra Constitución, encuentra perfecto

fundamento en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados, lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 C.E.). Por otro lado, los efectos que el legislador ha querido reconocer al laudo y la aplicación de las garantías constitucionales *ex* artículo 24 CE al procedimiento arbitral, han permitido al Tribunal Constitucional hablar del arbitraje como un «equivalente jurisdiccional».

Aunque, por esencia, cuando se opta por el arbitraje los tribunales de justicia han de permanecer al margen, nuestro ordenamiento sí que ha previsto el auxilio judicial para que el procedimiento arbitral pueda alcanzar su objetivo.

El arbitraje está basado en la confianza que las partes depositan en el árbitro. Esa confianza se fundamenta en la formación técnica del árbitro y, especialmente, en su imparcialidad e independencia.

De acuerdo con lo establecido en la Ley, los árbitros han de ser personas físicas con plena capacidad de obrar y sin ninguna restricción o limitación de sus derechos civiles. Además, si se trata de un arbitraje en Derecho, deben ser juristas.

Existen dos tipos de arbitraje: el institucional, cuya administración se encomienda a una corte con arreglo a cuyo reglamento se desarrollará el procedimiento; y el llamado arbitraje *ad hoc*, en el que los árbitros no están integrados en una estructura institucional, que se regirá por los acuerdos de las partes y, en su defecto, por lo establecido en la Ley.

El procedimiento de designación de los árbitros se ha de ajustar a lo acordado por las partes o a lo previsto en el reglamento de la corte arbitral. Sin embargo, en no pocas ocasiones surgen dificultades para el nombramiento de los árbitros y es necesario acudir al auxilio judicial, a través de un procedimiento que regula el artículo 15 de la LA. Se trata de un procedimiento que tiene exclusivamente por objeto la designación de los árbitros. Por ello, son inadecuadas algunas resoluciones de diferentes Tribunales Superiores de Justicia que aprovechan ese procedimiento para analizar la validez del convenio arbitral o la inclusión de la controversia dentro del ámbito de dicho convenio.

Tanto el convenio arbitral como la designación de los árbitros pueden tener reflejo en el Registro de la Propiedad y en el Mercantil. La inscripción del convenio se practicará en virtud de la escritura en la que las partes hayan plasmado dicho acuerdo y producirá el efecto de vincular a terceros que inscriban sus derechos con posterioridad al sometimiento a arbitraje en los términos del convenio. La designación de los árbitros hecha fuera del convenio presupone la iniciación del procedimiento arbitral, por lo que será necesario que con carácter previo o simultáneo se practique la anotación preventiva de demanda arbitral u otra medida cautelar que refleje que dicho procedimiento ha comenzado.

La independencia e imparcialidad de los árbitros es imprescindible para garantizar la confianza que las partes han de tener en el arbitraje. Por ello la LA obliga a los árbitros a ser y permanecer independientes e imparciales durante todo el procedimiento, a revelar toda circunstancia que pueda dar lugar

a dudas justificadas sobre su independencia e imparcialidad, y atribuye a las partes el derecho a instar la recusación del árbitro cuando consideren que está comprometida dicha independencia e imparcialidad.

Con relación a los registradores de la propiedad y notarios, después de la reforma de 2011 de la LA es indiscutible su aptitud para ser árbitros. Aunque ambas funciones tienen puntos en común, existen notables diferencias en el ejercicio profesional. Mientras que los notarios están sometidos al principio de libre competencia y a la regla de la libre elección por parte del cliente, los registradores actúan sujetos al principio de competencia territorial. Es por ello por lo que solo a los registradores les ha atribuido el legislador la potestad de hacer un juicio de legalidad a través de su calificación.

Precisamente esta diferencia entre ambos tipos de profesionales hace que el requisito de la independencia y la imparcialidad se vea mucho más comprometido en el caso de los notarios. Es indudable que si en el arbitraje en el que actúa un notario cualquiera de las partes ha demandado sus servicios en una época cercana al arbitraje, su independencia queda en evidencia. Eso no les ocurrirá a los registradores, dado que no son elegidos por sus clientes, sino que se rigen por la competencia territorial.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 43/1986, de 15 de abril
- STC 43/1988, de 16 de marzo
- STC 15/1989, de 26 de enero
- STC 62/1991, de 22 de marzo
- STC 174/1995, de 23 de noviembre
- STC 176/1996, de 11 de noviembre
- STC 9/2005, de 17 de enero
- ATC 26/2007, de 5 de febrero
- STC 136/2010, de 2 de diciembre
- STC 1/2018, de 11 de enero

2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS 1ª de 9 de julio de 2007
- STS 1ª de 27 de junio de 2017
- STS 1ª de 21 de noviembre de 2017
- STS 3ª de 20 de mayo de 2008

3. DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- R 20 de septiembre de 2006
- R 7 de abril de 2016
- R 24 de julio de 2017
- R 26 de julio de 2018

4. TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- ATSJ de Comunidad Valenciana de 2 de noviembre de 2011
- STSJ de Castilla León de 24 de noviembre de 2011
- ATSJ de Madrid de 12 de diciembre de 2011
- STSJ de Castilla la Mancha de 16 de diciembre de 2011
- STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2012
- STSJ de Castilla la Mancha de 16 de enero de 2012
- STSJ de Madrid de 11 de abril de 2012
- STSJ de Cataluña de 10 de mayo de 2012
- STSJ de Navarra de 22 de junio de 2012
- STSJ de Andalucía de 24 de septiembre de 2012
- STSJ de Andalucía de 20 de noviembre de 2012
- STSJ de Galicia de 1 de abril de 2013
- STSJ de Madrid de 1 de abril de 2013
- STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2013
- STSJ de Madrid de 12 de junio de 2013
- STSJ de Madrid de 18 de junio de 2013
- STSJ de Madrid de 20 de junio de 2013
- STSJ de Madrid de 9 de julio de 2013
- STSJ de Cataluña de 28 de noviembre de 2013
- STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2014
- STSJ de Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014
- STSJ de Madrid de 28 de marzo de 2014
- STSJ de Baleares de 5 de mayo de 2014
- STSJ de Madrid de 3 de junio de 2014
- STSJ de Madrid de 10 de junio de 2014
- STSJ de Cataluña de 29 de julio de 2014
- STSJ de Madrid de 23 de septiembre de 2014
- STSJ de Madrid de 13 de noviembre de 2014
- STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2014
- STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2014
- STSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015
- STSJ de Canarias de 11 de marzo de 2015

- STSJ de Asturias de 7 de octubre de 2015
- STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2015
- STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2015
- STSJ de Madrid de 14 de abril de 2016
- STSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016
- STSJ de Madrid de 13 de julio de 2016
- STSJ de Madrid de 11 de octubre de 2016
- STSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016
- STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2016
- STSJ de Madrid de 12 de marzo de 2017
- STSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017
- STSJ de Madrid de 23 de marzo de 2017
- STSJ de Asturias de 25 de abril de 2017
- STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017
- STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2017
- STSJ de Madrid de 27 de octubre de 2017
- STSJ de Navarra de 21 de mayo de 2018

5. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia 748/2009 de la AP de Gran Canaria de 23 de marzo de 2009

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ARMAS OMEDES, F. (2013). La condición de jurista del árbitro en derecho. En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BARONA VILAR, S. (2006). *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Thompson-Civitas, Navarra.
- CAMPO VILLEGAS, E. (2004), *Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley*. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona. Puede consultarse en <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discursos%20Campo%20Villegas.pdf>. (Última consulta 9 de diciembre de 2014).
- CAÑAS MATA, C. (2018). Comentario de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 33, Madrid.
- CARAZO LIÉBANA, M.J. (2017). Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, núm. 2, San Sebastián.
- DEL REY BARBA, S. (2016). ¿Es posible el arbitraje hipotecario?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 758, noviembre-diciembre, 3177-3192.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992). Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre.
- (2005). Tópicos anti-arbitrales y un modelo de convenio arbitral en estatutos, *Revista de Derecho de sociedades*, número 24/2005, editorial Aranzadi.
- (2006). La arbitrabilidad de un derecho estatutario de separación por «justa causa» en una Sociedad Anónima. En torno a la STC 9/2005, de 17 de enero de 2005, *Revista de Derecho de sociedades*, núm. 26.
- GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C. (2014) Comentario del artículo 23 de la LA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por el mismo autor, editado por el Consejo General del Notariado.
- GONZÁLEZ MALABIA, S. (2011). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por Barona Villar, S., 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas.
- GONZÁLEZ SORIA, J. (2018). Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros. En: M.J. Menéndez Arias (Coord.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra).
- GRAYBET, D. (2001). La publicidad del laudo arbitral. Notificación y acceso a los Registros Públicos, *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXXVI, núm. 77 (2ª época), noviembre.
- GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. (2013). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por Prats Albentosa, L., Madrid, Editorial La Ley.
- IXUSCO ORDEÑANA, G. (2018). ¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, núm. 3, San Sebastián.
- JIMÉNEZ-BLANCO, G. (2016). Imparcialidad de los árbitros: admisibilidad de la actuación como letrado ante una corte arbitral de quien forma parte de su lista de árbitros, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer.
- LÓPEZ MEDEL, J. (2003). Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 679, septiembre-octubre.
- LORCA NAVARRETE, A. (2012). *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, vol. I, año 2011. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal.
- MALLANDRICH MIRET, N. (2012). La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, *Diario La Ley*, núm. 7903, correspondiente al 17 de julio de 2012.
- MARTÍNEZ FLÓREZ, A. (2005). La declaración de concurso y la incapacidad de obrar del deudor, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 4, 315-344.
- MATEO Y VILLA, I. (2011). De la cláusula arbitral en materia de consumo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, enero-febrero, 79-137.
- (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743, mayo-junio, 1167-1230.
- MATHEUS LÓPEZ, C.A. (2018). Fundamentos, contenido y análisis comparado de la independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, núm. 2, San Sebastián.

- (2018). Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián.
- MENÉNDEZ, M.J. (2016). La independencia de la corte y el convenio arbitral. La perspectiva de un árbitro, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer.
- MERINO MERCHÁN, J.F. (2004). *Estatuto y responsabilidad del árbitro*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.
- MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- PÉREZ GURREA, R. (2011). La Transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, julio-agosto, 2310-2331.
- REMÓN PEÑALVER, J. (2018). El arbitraje en España: la perspectiva constitucional, En: M.J. Menéndez Arias (Coord.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra).
- (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por GONZÁLEZ BUENO. C., Madrid, Consejo General del Notariado.
- RUEDA GARCÍA, J.A. (2007) Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006), *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XIX, número 3.
- SANSA TORRES, J. (2013). Los efectos registrales del laudo, En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Triás de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia. Editorial Tirant lo Blanch.
- SERRADA, J. (2016). Designación de los árbitros. Cuestiones que suscitan, en la obra coordinada por Jiménez-Blanco, G., *Anuario de arbitraje 2016*, Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi.

NOTAS

¹ MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral*, 3ª edición, Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 213.

² MATHEUS LÓPEZ, C.A. (2018). Fundamentos, criterios, procedimiento y credibilidad en la selección del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián, 510.

³ MATHEUS LÓPEZ, C.A. (2018). Fundamentos, contenido y análisis comparado de la independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje internacional, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 2, San Sebastián, 346.

⁴ Por todas puede verse la sentencia 136/2010, de 2 de diciembre de 2010 (BOE 5 de enero de 2001).

⁵ Señala, por ejemplo, la sentencia 176/96, de 11 de noviembre, (BOE de 17 de diciembre), que «ha de precisarse que el núcleo de la queja del recurrente se basa en que, aun mediando un previo sometimiento del litigio al arbitraje, el órgano jurisdiccional no ha examinado, en el cauce del recurso contra el laudo arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro, pese a las causas de nulidad del mismo que fueron alegadas en dicho procedimiento. Lo que entraña, a su juicio, una limitación de su derecho a la tutela judicial efectiva (art.

24.1 CE). Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente (SSTC 43/1988, 233/1988, 15/1989, 288/1993 y 174/1995), de su función como medio heterónomo de arreglo de controversias que se fundamenta en la autonomía de la voluntad de los sujetos privados; lo que constitucionalmente le vincula con la libertad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). De manera que no cabe entender que, por el hecho de someter voluntariamente determinada cuestión litigiosa al arbitraje de un tercero, quede menoscabado y padezca el derecho a la tutela judicial efectiva que la Constitución reconoce a todos. Una vez elegida dicha vía ello supone tan solo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su «equivalente jurisdiccional» arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será solo el recurso por nulidad del laudo arbitral y no cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral. Pues como ha declarado reiteradamente este Tribunal, el derecho a la tutela judicial efectiva no es un derecho de libertad, ejercitable sin más y directamente a partir de la Constitución, sino un derecho prestacional, solo ejercitable por los cauces procesales existentes y con sujeción a su concreta ordenación legal (SSTC 99/1985, 50/1990 y 149/1995, entre otras).

⁶ A este respecto puede verse MALLANDRICH MIRET, N. (2012). La regulación del auxilio judicial en el arbitraje tras la reforma de la Ley de Arbitraje operada por la Ley 11/2011, de 20 de mayo, *Diario La Ley*, número 7903, correspondiente al 17 de julio de 2012.

⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado, en sendas resoluciones de 20 de febrero de 2006 y 26 de julio de 2018, con un criterio que, en mi opinión, es bastante criticable, ha considerado imprescindible el auxilio judicial para que, una vez acordada por los árbitros la anotación preventiva como medida cautelar, dicha anotación pueda llevarse a efecto.

⁸ Sobre las diferentes posiciones doctrinales acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, puede verse PÉREZ GURREA, R. (2011), La Transacción y el arbitraje: contratos para evitar o poner término a conflictos ya iniciados, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 726, 2322 y 2323

⁹ MERINO MERCHÁN, J.F. y CHILLÓN MEDINA, J.A., *ob. cit.*, 201.

¹⁰ CARAZO LIÉBANA, M.J., (2017). Reflexiones sobre algunos aspectos constitucionales del arbitraje, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXIX, número 2, San Sebastián, 179.

¹¹ En este sentido puede verse la sentencia 9/2005, de 17 de enero, BOE de 17 de febrero: «Es necesario comenzar destacando que, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, el laudo arbitral no puede ser objeto directo de impugnación por medio del recurso de amparo y que “este Tribunal carece de jurisdicción para enjuiciar el laudo arbitral en sí mismo considerado, por cuanto, como acto no referible a ningún tipo de poder público (art. 41.2 LOTC), resulta extraño al ámbito y función del proceso constitucional de amparo” (SSTC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1; 13/1997, de 27 de enero, FJ 2). “Solo en la medida ... en que las supuestas vulneraciones alegadas sean referibles a la actuación del órgano jurisdiccional que conoció del recurso frente al laudo, estará justificado que este Tribunal enjuicie una eventual lesión del derecho a la tutela judicial efectiva” (STC 176/1996, de 11 de noviembre, FJ 1). El cumplimiento de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y de las demás garantías contenidas en el artículo 24 CE puede ser objeto de examen por este Tribunal a través del recurso de amparo cuando la infracción alegada sea “imputable de modo inmediato y directo a un acto u omisión producido en el proceso judicial en el que han de observarse y son exigibles” dichas garantías, pero trasladar estas “con el mismo rango de derecho fundamental al procedimiento arbitral para basar en determinadas irregularidades o vicisitudes ocurridas durante su tramitación la nulidad del Laudo ... es algo que, en principio, resulta extraño a esta jurisdicción” (STC 13/1997, de 27 de enero, FJ 2)».

¹² Señala así esta sentencia: «(...) concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos funda-

mentales y libertades públicas que la Constitución garantiza solo alcanzan plena eficacia allí donde rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del artículo 24 de la Constitución».

¹³ Señala expresamente esta sentencia: «En cuanto a lo que se debe entender por orden público, primera causa de impugnación de la parte demandante, como ya dijo esta Sala en sentencia de 23 de mayo de 2012, Recurso 12/2011, “por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el ordenamiento jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico (sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, n 54/1989, de 23-2), y por ende, a los efectos previstos en el citado artículo, debe considerarse contrario al orden público, aquel Laudo que vulnere los derechos y libertades fundamentales reconocidos en el Capítulo II, Título I de la Constitución, garantizados a través de lo dispuesto en términos de generalidad en el artículo 24 de la misma, incluyendo la arbitrariedad patente referida en el artículo 9.3 de la Constitución, y desde luego, quedando fuera de este concepto la posible justicia del Laudo, las deficiencias del fallo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión (...)”».

¹⁴ IXUSCO ORDENANA, G. (2018). ¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XXX, número 3, San Sebastián, 548-552.

¹⁵ Así lo entiende REMÓN PEÑALVER, J. (2014). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por González Bueno, C., Madrid, Consejo General del Notariado, 318, con cita de MARTÍNEZ FLOREZ, A (2005). La declaración de concurso y la incapacidad de obrar del deudor, *Anuario de Derecho Concursal*, número 4, 315-344.

¹⁶ Así lo aclara la sentencia 748/2009, de 23 de marzo de 2009, de la Audiencia Provincial de Gran Canaria: «En efecto el Sr. Grisolia ya tenía extinguidas sus responsabilidades penales y no estaba inhabilitado para ejercer su profesión de abogado por lo que podía ser árbitro, tenía capacidad legal para ello, y sus antecedentes penales no constituyen per se motivo de abstención o recusación afectante a su independencia e imparcialidad respecto de las partes en conflicto entre quienes dirimía la controversia. Las expresadas circunstancias permitirían quizás cuestionar su idoneidad pero la inidoneidad del árbitro no es causa de anulación del laudo arbitral, podría serlo del convenio arbitral, por error en la persona nominada en el mismo cuando la calidad de la persona hubiera sido la causa que motivó el convenio arbitral».

¹⁷ Así lo entiende GONZÁLEZ MALABIA, S. (2011). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por BARONA VILLAR, S., 2ª edición, Madrid, Editorial Civitas, 723.

¹⁸ En esta línea se mueven autores como GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. (2013). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, obra coordinada por PRATS ALBENTOSA, L., Madrid, Editorial La Ley, 387 y 388; y, MERINO MERCHÁN, J.F., (2004). *Estatuto y responsabilidad del árbitro*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 44.

¹⁹ REMÓN PEÑALVER, J. *ob. cit.*, 319: «si bien esta segunda tesis pudiera parecer que favorece el juego de la autonomía de la voluntad en el arbitraje, que debe ser la guía constante para la interpretación de la Ley, ni las instituciones arbitrales ni las partes deberían proponer candidatos que, en el momento en que se hace la propuesta, no reúnan las condiciones legamente exigidas. En caso contrario, se estaría generando una apariencia en la que podría razonablemente descansar la confianza de las partes o de una de las partes cuya regularidad estaría sometida a una condición inicialmente desconocida. En mi opinión, el valor supremo de la seguridad exige que las condiciones de capacidad deban concurrir desde el momento inicial de la propuesta».

²⁰ ARMAS OMEDES, F., (2013). La condición de jurista del árbitro en derecho. En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia: Tirant lo Blanch, 171 y 172.

²¹ ARMAS OMEDES, F., *ob. cit.*, 172 y 173.

²² Así, por ejemplo, señala la sentencia de 20 de noviembre de 2012 del TSJ de Andalucía: *«En orden a la designación por esta Sala, ha de estarse a los criterios establecidos por las partes en el convenio arbitral. Conforme a esos criterios, a falta de designación conjunta por las partes, el árbitro habría de ser un profesor de Derecho de la Universidad de Málaga “especialista por razón de la materia”, y solo en su defecto, un abogado de Málaga. Las partes, pues, han expresado una preferencia por la condición de profesor especialista que ha de ser respetada, habida cuenta de que la vigente redacción del artículo 7.1 de la Ley de Arbitraje no requiere para el arbitraje de derecho que el árbitro tenga la condición de abogado, sino únicamente que tenga “la condición de jurista”. En definitiva, ha de darse la razón en este punto a la demandada, y desestimarse la pretensión explícita del suplico de la demanda de que el árbitro designado tenga la condición de Abogado en ejercicio».*

²³ Si se consultan los reglamentos de las principales cortes arbitrales españolas, como los de la Corte Española de Arbitraje, Corte Arbitral de Madrid, Tribunal Arbitral de Barcelona, CIMA..., podrá comprobarse cómo en todos ellos se establece el requisito de la experiencia en el desarrollo de la tarea de jurista como imprescindible para poder actuar como árbitro de las mismas.

²⁴ Dice así este auto: *«El hecho de que se trate de un arbitraje de equidad, como dispone la citada cláusula arbitral, no impide el nombramiento de un jurista. La disposición del apartado 1 del citado artículo 15 —salvo acuerdo en contrario de las partes, en los arbitrajes que no deban decidirse en equidad, cuando el arbitraje se haya de resolver por árbitro único se requerirá la condición de jurista al árbitro que actúe como tal— solo implica la obligatoria designación de un jurista en arbitrajes que no sean de equidad, pero no restringe la intervención de árbitros con esa cualificación en los arbitrajes de equidad. Lo determinante es la selección del árbitro apropiado para resolver del modo más adecuado a la entidad y naturaleza de la controversia, con la mayor eficacia, también en los arbitrajes de equidad, las cuestiones debatidas entre las partes firmantes del convenio arbitral. Y todo ello teniendo en cuenta el Tribunal, con absoluto respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, los requisitos establecidos por estas para ser árbitro, y tomando las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad, como señala el apartado 6 del mismo artículo 15».*

²⁵ Así lo reconoce la sentencia de 16 de enero de 2012 del TSJ de Castilla-La Mancha, al señalar que el árbitro es adecuado que sea *«jurista de profesión pues, aunque en equidad, debe resolver sobre las dudas, discrepancias o disconformidades que se produzcan en la ejecución de un contrato de resolución de uno anterior de aparecería y ya anuncia el demandado la posible nulidad del contrato por falta de capacidad del demandante. En cualquier caso, en relación con la solicitud deducida en la vista por la demandante, que uno de los árbitros fuera ingeniero agrónomo, el árbitro tiene la facultad conforme con el artículo 32 para nombrar perito que auxilie con sus conocimientos técnicos en los extremos que resulten necesarios. Y entre los juristas, parece más adecuado acudir a los abogados en ejercicio —por su experiencia en la resolución de conflictos—(…)».*

²⁶ A modo de ejemplo conviene traer a colación algunas de las normas que sobre este particular se recogen a las instituciones arbitrales más relevantes de España: A) *Corte de Arbitraje de Madrid*: El artículo 12 de su Reglamento regula el número de árbitros y el procedimiento de designación: «1. Si las partes no hubieran acordado el número de árbitros, la Corte decidirá si procede nombrar un árbitro único o un tribunal arbitral de tres miembros, atendidas todas las circunstancias. 2. Como regla general, la Corte decidirá que procede nombrar un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. 3. Cuando las partes lo hubieran acordado o, en su defecto, la Corte decidiera que procede nombrar un árbitro único, se dará a las partes un

plazo conjunto de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo, salvo que en el escrito de solicitud de arbitraje o en el de respuesta a la solicitud de arbitraje cualquiera de las partes haya manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por la Corte, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, el plazo de quince días sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Corte. 4. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de solicitud de arbitraje y de respuesta a la solicitud de arbitraje, deberá proponer un árbitro. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de quince días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 5. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Corte decidiera que procede el nombramiento de un tribunal de tres miembros, se concederá a las partes un plazo sucesivo de diez días, primero a la parte demandante y luego a la parte demandada, para que designe el árbitro que le corresponda. El tercer árbitro, que actuará como presidente del tribunal arbitral, será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de diez días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Corte. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en el mencionado plazo, lo designará la Corte en su lugar, así como también y sin más demora al tercer árbitro. 6. Los árbitros deberán aceptar su nombramiento dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la Corte notificándolo. B) *Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*: La cuestión viene regulada en el artículo 16 de su Reglamento: «1. En ausencia de acuerdo de las partes sobre el número de árbitros, la Corte acordará la designación de un tribunal arbitral unipersonal, salvo que las circunstancias concurrentes en la controversia aconsejen la constitución de un tribunal arbitral colegiado. 2. En el supuesto de que las partes hayan convenido someterse a un tribunal arbitral unipersonal y no hayan alcanzado un acuerdo sobre el candidato, el árbitro único será nombrado por la Corte, de conformidad con el Reglamento y con los Estatutos, atendiendo a las circunstancias concurrentes y según el siguiente sistema: a. La Corte comunicará a cada una de las partes una lista idéntica con ocho (8) posibles candidatas; b. En los cinco (5) días siguientes a la recepción de la lista, cada una de las partes manifestará a la Corte su posición sobre los candidatos propuestos, enumerando cinco (5) nombres por su orden de preferencia; y c. En los cinco (5) días siguientes a la recepción de cada una de las listas indicadas anteriormente, la Corte nombrará el tribunal arbitral unipersonal de entre las personas aprobadas en las listas devueltas, considerando —en todo caso— la mejor preferencia establecida por las partes. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento del árbitro según este procedimiento, la Corte ejercerá su discreción para nombrar al tribunal arbitral unipersonal. 3. En el supuesto de que las partes opten por un tribunal arbitral colegiado, el número de sus integrantes será tres. Cada una de las partes —en la solicitud de arbitraje y en la respuesta a la solicitud de arbitraje— podrá designar un árbitro de entre los componentes de la lista de árbitros de la Corte. Una vez confirmados por la Corte, los dos árbitros vocales elegirán el tercer árbitro, que ejercerá las funciones de presidente del tribunal arbitral colegiado. Si, dentro de los diez (10) días siguientes al nombramiento del segundo árbitro vocal, los dos árbitros vocales no llegaran a un acuerdo sobre la elección del árbitro presidente, la Corte procederá a su nombramiento, de conformidad con el sistema previsto en el número 2 del presente Artículo y con lo establecido en el Artículo 18 de los Estatutos. 4. Salvo acuerdo en contrario de las partes, en los supuestos en que (i) exista pluralidad de demandantes o de demandados y (ii) el tribunal arbitral deba ser colegiado, las diversas partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro vocal (cf. Reglamento, Artículo 12). En ese supuesto, la Corte invitará

a las partes para constituir el tribunal arbitral colegiado por un plazo improrrogable de diez (10) días, de conformidad con el sistema previsto en el número 3 del presente artículo. En el supuesto de que, transcurrido el plazo previsto en el párrafo precedente, las partes no consiguiesen constituir el tribunal arbitral colegiado conforme al Reglamento y a los Estatutos, la Corte constituirá el tribunal arbitral colegiado, nombrando a todos sus componentes —incluida la designación de quien deba ejercer las funciones de presidente— y revocando todo nombramiento ya realizado hasta ese momento. En este caso, la Corte quedará en libertad para escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro, aplicando las disposiciones del Reglamento y de sus Estatutos. 5. Los terceros autorizados a incorporarse como parte adicional al procedimiento arbitral podrán designar un árbitro vocal, conjuntamente con los integrantes de la parte procedimental a la que se hayan adherido y de conformidad con las disposiciones del Reglamento y de los Estatutos (cf. Reglamento, Artículo 13). 6. A petición de todas las partes y para supuestos concretos especiales, la Corte podrá autorizar la designación de árbitros ajenos a su lista, atendiendo a criterios de excelencia profesional en la materia y a la complejidad, trascendencia e importancia de la cuestión debatida».

C) *Corte Española de Arbitraje*: Se regula esta cuestión en el artículo 12 del Reglamento: «Artículo 12. Número de árbitros y procedimiento para su designación. 1. Las partes podrán acordar el número y la identidad de todos los árbitros y de quien desempeñe funciones de Presidente, siempre que sea impar. Durante el plazo para contestar a la solicitud, la Corte puede facilitar a las partes una lista de árbitros especializados en la materia objeto de controversia por si desean de mutuo acuerdo designar a uno de ellos. A falta de acuerdo sobre número e identidad de todos los árbitros, la Corte acordará la designación de un único árbitro, salvo cuando estime que la naturaleza, complejidad y demás circunstancias de la controversia sometida a arbitraje requiera el nombramiento de un colegio arbitral, en cuyo caso este estará integrado por tres miembros, que serán, a falta de acuerdo durante el plazo para contestar a la solicitud de arbitraje, designados en su totalidad por la Corte, salvo que esta, durante el plazo para contestar a la solicitud de arbitraje, de oficio o a petición conjunta de todas las partes, estime procedente la designación por cada una de las partes de un árbitro, designando estos de común acuerdo al Presidente. Si en los cinco días siguientes a su designación los coárbitros no hubieren designado al Presidente, este lo será conforme a lo previsto en el párrafo siguiente. Si procede la designación de árbitros por la Corte, la Comisión de designación de árbitros confeccionará una lista con varios nombres por cada árbitro que deba ser nombrado. Dentro de los 5 días siguientes a la recepción de la lista, cada una de las partes tachará de la lista completa los nombres que le merecen objeción numerando los restantes de la lista por su orden de preferencia. La Corte podrá limitar el número de tachas a formular. El no pronunciamiento transcurrido tal plazo significará que todos los árbitros se consideraran igualmente aceptables para tal parte sin preferencia alguna entre ellos. La Corte elegirá al candidato o candidatos que, no habiendo sido tachados, hayan sido preferidos por las partes hasta completar el número de árbitros que deben ser nombrados. Si por cualquier motivo no pudiera hacerse el nombramiento según este procedimiento o existiere un empate, el árbitro será nombrado libremente por la Corte, según su propio criterio. Al confeccionar dicha lista, la Corte tendrá en cuenta los requisitos establecidos por las partes para ser árbitro. 2. En el caso de pluralidad de partes, si existiere acuerdo entre todas sobre número e identidad de los árbitros, se procederá a su designación. Si no existiere acuerdo, se estará a lo expuesto en el párrafo tercero del Apartado Primero. Si existiere acuerdo sobre que cada una de las posiciones procesales designe a su respectivo árbitro y estos al Presidente, se nombrará a los así designados. Si no existiere acuerdo sobre el Presidente, se procederá conforme a lo expuesto en el Apartado Primero, párrafo tercero. En caso de que existiere acuerdo sobre la designación de su respectivo árbitro, pero no se nombrara en el plazo de 5 días, la Corte procederá a su designación conforme a lo expuesto en el Apartado Primero, párrafo tercero, pronunciándose las partes a quien correspondía la designación pero no hubieren alcanzado un acuerdo o no hubieren ejercitado su derecho en tal plazo. Si la Corte apreciare cualquier tipo de fraude procesal en la designación de árbitros como consecuencia de la pluralidad de partes procederá a nombrarlos conforme a su libre criterio».

D) *Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)*: El Reglamento del TAB quizá sea el que menos amplitud concede a la autonomía de la voluntad de las partes a la hora de elegir a los árbitros. Así se dispone en su artículo 11: «Nombramiento de árbitros por el TAB. 1.- En su caso, el TAB elegirá los árbitros con total libertad de criterio atendiendo a su independencia y libertad, a la naturaleza de la cuestión planteada, al idioma del arbitraje, al domicilio de las partes y al lugar de celebración del arbitraje, sin otras limitaciones que las que imponga la Ley. 2.- Solo a título indicativo pero no vinculante, las partes podrán señalar alguna característica de préstamolos árbitros cuya designación corresponda al TAB. 3.- En arbitrajes internacionales, a solicitud de cualquiera de las partes o por iniciativa propia, el TAB podrá nombrar árbitros nacionales de un país distinto a los de las partes. 4.- Los árbitros designados o nombrados por las partes requerirán la confirmación del TAB, quedando préstamolos sujetos al presente Reglamento y a los honorarios acordados por el TAB dentro del marco de su tarifa».

²⁷ Señala así esta sentencia: «*Como consecuencia de lo anterior y dado que las partes se han sometido a un arbitraje de Derecho a tenor de las normas establecidas en la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Gran Canaria, habrá de ser esta la que se encargue de designar árbitro a tenor de sus Estatutos, no resultando competente esta Sala para la designación del mismo. No corresponde, por tanto, a esta Sala de lo Civil la designación del arbitro según las normas que a tal fin se encuentran recogidas en la Ley de Arbitraje, concretamente en el artículo 15 de la misma, puesto que existe el acuerdo entre las partes acerca del sometimiento expreso a la Corte de Arbitraje de la mencionada Cámara.*»

²⁸ Así lo reconoce la sentencia de 28 de noviembre de 2013 del TSJ de Cataluña: «*El artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje de constante alusión, relativo al nombramiento de los árbitros, dispone que, si no resultare posible designar árbitros (o bien, institución arbitral) mediante el procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar el nombramiento de árbitros (institución arbitral) o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello, sustanciándose las pretensiones por el cauce del juicio verbal —Art. 15.4 LA—. Téngase presente que serán las partes directamente las que con total libertad pueden acordar el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad —Art. 15.2 LA— y solo para los supuestos, como el presente, en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes se podrá solicitar al tribunal competente la designación de los árbitros —o de la institución arbitral—, para evitar su paralización e impulsar el arbitraje.*»

²⁹ Dice en su sexto Fundamento de Derecho: «*La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en la designación de árbitros es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien juzga no sea una de las partes (nemo iudex in causa propria). Esta hipótesis es radicalmente inadmisibile: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro a una de ellas, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de ius cogens, del artículo 15.2 LA. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a fortiori, si una designación tal hubiese tenido lugar sin conocimiento real del perjudicado. En el bien entendido de que lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ...no es necesario —para que se infrinja el principio de igualdad— que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación. Otros supuestos comúnmente admitidos de quiebra del principio de igualdad en la designación de árbitros son los siguientes: que el convenio arbitral disponga que la designación de un árbitro o de la mayoría de los árbitros se realice por una sola de las partes; y que las partes acuerden designar al árbitro o árbitros de entre los que figuren en una lista elaborada por un tercero cuando esa lista de árbitros entrañe un desequilibrio a favor de uno de los contratantes: así sucede, por ejemplo, si en la lista solo figuran miembros de una determinada asociación a la que pertenezca solo una de las partes; o también, en según qué casos, cuando la designación del árbitro se produjera sin libertad real de una de*

las partes, porque se impusiera como cláusula de adhesión de un contrato—tipo o como una condición general de contratación: la preponderancia del predisponente en la designación del árbitro o en la participación en el procedimiento de su designación habrá de ser analizada en las circunstancias de cada caso, pues, de concurrir, entrañaría una insubsanable quiebra del principio de igualdad (art. 15.2 LA), apreciable de oficio —art. 41.1.f) en conexión con el artículo 42, ambos de la LA—, en tanto que infracción del orden público inherente al procedimiento arbitral. Hemos de insistir, según lo ya expuesto, en que ciertos principios y garantías constitucionales del ejercicio de la función jurisdiccional han de ser respetados en el proceso arbitral, y, entre ellos, señaladamente, el principio de igualdad en la conformación y sustanciación del arbitraje, dada su naturaleza de “equivalente jurisdiccional”».

³⁰ REMÓN PENÁLVER, J. (2018). El arbitraje en España: la perspectiva constitucional. En: M.J. Menéndez Arias (Coor.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra), 474.

³¹ En el mismo sentido la sentencia del TSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2015: «En la vista, la parte demandante se afirmó y ratificó en su solicitud, reconociendo la parte demandada la existencia del convenio arbitral y proponiendo la renuncia al arbitraje y el sometimiento de las partes a la jurisdicción, lo que rechazó la parte demandante reiterando su solicitud».

³² Señala esta sentencia del Tribunal Supremo: «la sentencia del Tribunal Constitucional 75/1996, de 30 de abril, afirmó que la autonomía de la voluntad de las partes, de todas las partes, constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial. El Tribunal Constitucional declaró que, salvo que el litigante lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, pues de otra manera se vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva. La sentencia del Tribunal Constitucional 136/2010, de 2 de diciembre, ha precisado que la renuncia al ejercicio de las acciones ante los tribunales mediante una sumisión al arbitraje debe ser “explícita, clara, terminante e inequívoca”». A partir de ahí concluye que «Por eso, la interpretación “elástica” del convenio arbitral a que ha hecho referencia alguna sentencia de esta Sala (sentencia 605/2005, de 12 de julio), que permita que el convenio arbitral tenga un efecto expansivo y abarque todas las cuestiones relacionadas con el objeto del arbitraje (sentencia 741/2007, de 2 de julio), puede ser aplicable a los convenios arbitrales concertados por negociación, pero no a los contenidos en contratos de adhesión, puesto que tal interpretación no se compadecería con el fundamento de la institución del arbitraje, que es la voluntad “explícita, clara, terminante e inequívoca” de las partes, pero de ambas partes, de renunciar a la posibilidad de someter las controversias a la jurisdicción».

³³ Puede verse el comentario crítico de esta sentencia: CAÑAS MATA, C. (2018). Comentario de la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional núm. 1/2018 de 11 de enero, *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 33, Madrid, 155-160.

³⁴ Puede citarse en este sentido la sentencia del TSJ de Madrid de 3 de mayo de 2017: «No siendo, pues, SINAPTICAL integrante de la sociedad mercantil en cuyos estatutos se incluyó el convenio arbitral que motiva el nombramiento de árbitro interesado, carece de legitimación en este procedimiento. El alcance del convenio arbitral no puede extenderse a quien no está obligado por los estatutos de la sociedad donde se incluyó el convenio arbitral y está vinculado con la sociedad, por el contrario, en virtud de otra relación jurídica diferente, en la que se pactó expresamente la sumisión a la jurisdicción ordinaria. Con independencia de la participación que se acredite del Sr. Mauricio en SINAPTICAL, de las obligaciones del mismo en relación con la sociedad, cualquiera que hubiera sido la forma de su actuación, y de la eventual extensión de su responsabilidad a las sociedades que instrumentalmente pudiera haber utilizado, cuestiones que en todo caso correspondería decidir en el procedimiento arbitral, no puede aceptarse la vinculación directa de SINAPTICAL por un convenio arbitral incluido en los Estatutos de la Sociedad que administró en virtud de un contrato específico».

³⁵ SANSÁ TORRES, J. (2013) Los efectos registrales del laudo, En: D. Vázquez Albert y F. Tusquets Trías de Bes (dir.) *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*. Valencia, Tirant lo Blanch, 121 y siguientes.

³⁶ Entre otros, se mueven en esta línea: FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1992) Publicidad mercantil registral del procedimiento arbitral, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 612, septiembre-octubre, 2041-2042; GRAYBET, D. (2001) La publicidad del laudo arbitral. Notificación y acceso a los Registros Públicos, *Boletín del Colegio de Registradores de la Propiedad*, año XXXVI, número 77 (2ª época), noviembre, 3087 a 3090; LÓPEZ MEDEL, J. (2003). Acceso al Registro de la Propiedad de las cláusulas, convenios y laudos arbitrales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 679, septiembre-octubre, 2817 a 2840; CAMPO VILLEGAS, E. (2004). Aspectos del convenio y del laudo arbitral vistos por un Notario. Cuestiones en la nueva Ley. Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, Barcelona. Puede consultarse en <http://www.ajilc.cat/pdf/discursos/Discurs%20Campo%20Villegas.pdf>. (Última consulta 9 de diciembre de 2014).

³⁷ MATEO Y VILLA, I. (2014). Calificación e inscripción registral del convenio y del laudo arbitral tras la Reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de arbitraje. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 743, mayo-junio, 1171-1172: «i) Para el caso de designación mediata de los árbitros, identificación de la corte arbitral que haya de designarlos o señalamiento de las reglas que deban regir su nombramiento. Este extremo se hará constar en el asiento. ii) Para el caso de nombramiento inmediato, identificación en la forma expuesta para las partes. Este extremo se hará constar en el asiento. iii) No se admitirá la inclusión de personas que de conformidad con la Ley de Arbitraje no puedan ejercer esta función, ni se incluirán reglas de nombramiento que rompan con las previsiones de la norma últimamente citada, en especial las de igualdad y paridad, pleno ejercicio de derechos civiles, que, además, carezcan de impedimento legal para ejercer esta función, y, por último, y si fuera preciso, que tengan la condición de jurista. No es preciso que en el convenio se haga mención a estas normas pero para el caso de hacerse constar, deberán ajustarse a la precitada norma. iv) Cuando no pueda venirse en conocimiento de cuáles sean los árbitros designados por las partes, ni siquiera aplicando las normas contenidas en la Ley de Arbitraje, se denegará la toma de razón solicitada».

³⁸ Señala esta sentencia: «El artículo 15.5 de la LA establece: “El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral”, y en el artículo 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que “...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje».

³⁹ Sobre la calificación registral del convenio arbitral puede verse MATEO Y VILLA, I. *Ob. cit.*, 1171-1174

⁴⁰ En este sentido podemos citar: la sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de enero de 2012: *El artículo 15.5 LA dispone que el Tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de convenio arbitral, aunque hemos de añadir, igualmente, que también podrá ser rechazada cuando la cuestión no sea materia susceptible de arbitraje conforme lo dispuesto en el artículo 2 LA»; y la sentencia del TSJ de Navarra de 22 de junio de 2012: «A tenor de lo prevenido en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que derogó la Ley 36/1988 a que se remitía el convenio arbitral, compete a esta Sala, en virtud de la reforma operada por la Ley 11/2011 y la Ley Orgánica 5/2011, ambas de 20 de mayo, la intervención que se solicita y que únicamente sería rechazable si de los documentos aportados no resultare la existencia de un convenio arbitral artículo 15.5 Ley 60/2003); si la materia a dilucidar por el procedimiento arbitral no fuera susceptible de arbitraje (art. 2 Ley 60/2003)».*

⁴¹ A este respecto es muy ilustrativa la sentencia del TSJ de Castilla la Mancha de 16 de enero de 2012: «Existen pues dos contratos diferentes y, en principio independientes: de una parte la pactada resolución del arrendamiento en aparcería; de otra el convenio arbitral. Resulta obvio que puede existir el problema de la propagación de la nulidad de los negocios

jurídicos de alguna forma conexos; por eso debe tenderse al examen del caso concreto. Por ello la Ley expresa que la nulidad “por sí sola” de uno de los contratos no implica la del otro. La demandada pretende la nulidad del convenio arbitral por cuanto que el contrato de resolución otorgado necesitaría por su contenido al gravar la dotación fundacional, conforme con el artículo 21 de la Ley de Fundaciones, la aprobación del protectorado. Ahora bien, no se alega que tal requisito se exija para otorgar el convenio arbitral; sin que exista ahora como en la Ley de 1953 un precepto que establezca la capacidad necesaria para otorgar el compromiso arbitral. En principio, la mejor doctrina sostiene que la capacidad necesaria para otorgar el convenio arbitral es la capacidad necesaria para disponer del derecho de que se trata, conforme con la dicción del artículo 2.1 LA por el que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición. Y examinado por esta Sala el contenido del contrato en el que se pacta el convenio arbitral no parece que concurra la falta de capacidad denunciada (sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 22 LA) pues no existe acto alguno de gravamen (mucho menos enajenación) de bienes y derechos que forman la dotación fundacional, pues no lo es la asunción de una obligación de pago para recuperar las fincas cedidas en aparcería».

⁴² Pueden citarse como representativas de esta corriente las siguientes sentencias: sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2014: «La cuestión a resolver, a la vista de la oposición de la demanda que plantea la nulidad de las cláusulas decimonovena y séptima del Acuerdo Marco y del Contrato de Promesa de Compra de Participaciones Sociales, es si en este procedimiento puede enjuiciarse la validez de la cláusula que plasma el convenio arbitral o, por el contrario, se limita a la prueba de la existencia de un convenio arbitral. El artículo 15.5 de la LA establece: “El tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulte la existencia de un convenio arbitral”, y en el artículo 9 se regulan los elementos esenciales del convenio arbitral al disponer que “...deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”, entre los cuales no se encuentra la forma concreta de designar a los árbitros, prevaleciendo en su interpretación el principio de conservación del acuerdo de arbitraje. Por tanto, de conformidad con la doctrina de este tribunal, sentencia número 6/2013 del TSJ CV de 26 de julio de 2013, “la Sala no está llamada en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un genuino control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su propia competencia... En consecuencia, el órgano judicial solo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitro en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, cuando prima facie pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral, sin que esté llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio, como establece en su apartado quinto el citado artículo 15 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que dispone que únicamente se podrá rechazar la petición formulada cuando se aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral”»; Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2015: «En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantarse la decisión del árbitro sobre su propia competencia, el análisis de la validez del convenio arbitral —más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a analizar la decisión de fondo, en la que se incluye la legitimación pasiva, que el árbitro haya de adoptar sobre la concreta contienda que ante él se suscite (...). La legitimatio ad causam, verdadera cuestión de fondo, debe ser analizada atendiendo a la naturaleza de la pretensión ejercitada y a los límites legalmente establecidos para el tipo de proceso que se ventile. En este sentido, no cabe sino reiterar que estamos ante una demanda de solicitud de nombramiento de árbitro, con el limitado objeto que le es propio; objeto que viene fundamentalmente

precisado por la verificación, prima facie, de la existencia de un convenio arbitral y la determinación, también prima facie, de su contenido y alcance, amén de la comprobación de que las partes no han podido proceder, per se, a la designación impetrada. En palabras de la precitada sentencia 77/2015, “la tutela jurisdiccional que consiste en nombrar un árbitro puede ser demandada y ha de hacerse efectiva respecto de las personas a que se refiera el convenio arbitral y, por qué no, respecto de sus sucesores; pero la Sala no puede entrar a analizar —lo hemos dicho ad nauseam— la arbitrabilidad de la materia sobre la que recae la controversia anunciada, ni el real alcance subjetivo de lo que se vaya a someter a la consideración del árbitro... Si después la pretensión que se ejercita ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del arbitraje o a quienes no vincule el convenio arbitral —o sí vincule porque les sea extensible—, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex artículo 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el laudo”»; sentencia del TSJ de Madrid de 10 de mayo de 2016: «Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros, cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, el resto de las cuestiones discrepantes que puedan plantear las partes no pueden ser objeto de análisis ni resolución por este Tribunal, que debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado, para proceder a continuación al nombramiento imparcial de los árbitros, caso de haberse convenido la sumisión a arbitraje»; y, sentencia del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017: «En otras palabras: no es propio del ámbito objetivo de este proceso suplantarse la decisión del árbitro sobre su propia competencia, sobre el análisis de la validez del convenio arbitral —más allá de la verificación, prima facie, de su existencia y validez (sentencia de esta Sala 4/2015, de 13 de enero), sobre la comprobación de la arbitrabilidad de la controversia, y mucho menos entrar a resolver acerca de si el thema decidendi que se va a someter a arbitraje —impugnación de uno o varios acuerdos sociales, v.gr., por contravención de un pacto parasocial— queda amparado o no por el convenio arbitral, pues dicho análisis concierne a la decisión de fondo, en sí misma considerada, que el árbitro ha de adoptar al dirimir la concreta contienda que ante él se suscite, entre la que se incluye, como queda dicho, la determinación de los límites de su propia competencia y el alcance del artículo 28 de los Estatutos sociales (en tal sentido, mutatis mutandis, las sentencias de esta Sala 77/2015, de 2 de noviembre, y 80/2015, de 5 de noviembre (roj STSJ M 12655/2015 y 12657/2015, respectivamente)».

⁴³ Dice así esta interesante sentencia: «Que sobre la existencia del convenio arbitral no tiene el tribunal jurisdiccional la última palabra con el nombramiento del árbitro, sino que la tiene el árbitro designado, lo confirma el artículo 22.2 de la misma Ley de Arbitraje, al disponer que a la eventual oposición de la inexistencia o invalidez del convenio en el procedimiento arbitral no obsta “el hecho de haber... participado en el nombramiento de los árbitros”, incluso —se sobreentiende— a través del oportuno procedimiento judicial. Y lo confirma también el artículo 41.1.a) cuando reconoce la inexistencia del convenio y la resolución de cuestiones no arbitrables o no sometidas a su decisión como causas de impugnación y anulación del laudo, sin exceptuar de ellas el pronunciado por árbitro de designación judicial. Pues bien, si tal doctrina es predicable de la existencia del convenio arbitral, con mayor razón lo será de otros extremos asimismo impeditivos del conocimiento y de una decisión arbitral de fondo del conflicto, como la determinación del alcance subjetivo y objetivo del convenio, de que en definitiva va a depender la competencia del árbitro para resolver las cuestiones sometidas a su decisión».

⁴⁴ Así, señala la sentencia del TSJ de Madrid de 13 de julio de 2016: «Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes; en el caso de que tal

procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación. Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral».

⁴⁵ A este respecto es muy ilustrativa la sentencia del TSJ de Madrid de 11 de octubre de 2016 que afirma: «Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes; en el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral (...). Atribuida así a esta Sala únicamente la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, este Tribunal debe limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado entre las partes; si se ha pactado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación (...).».

⁴⁶ Así, señala en el segundo fundamento de derecho: «Como señala la demandada, el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en su apartado 3, supedita la intervención de este Tribunal al efecto de nombrar árbitro a la concurrencia de una circunstancia de hecho que se constituye en presupuesto material de la acción: que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes. En el caso de que tal procedimiento no se haya pactado una de las circunstancias relevantes para la estimación de la demanda será la verificación de si ha mediado o no una oposición al arbitraje del demandado con carácter previo a su incoación... Tanto en uno como en otro caso —previsión o no de procedimiento de designación— la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante —de forma expresa o tácita— al cumplimiento efectivo del convenio arbitral». Más adelante (fundamento tercero) hace hincapié en la relevancia de la mala fe de una de las partes: «La Sala conviene en que esta previsión evidencia que las partes han acordado lo que puede ser calificado como un procedimiento para la designación de árbitros, cuya estricta observancia podía requerir instar la actividad pertinente del referido Colegio profesional. En el bien entendido de que la cláusula no deja claro quién ha de realizar la insaculación, pudiendo entenderse, con arreglo al principio de buena fe —que habremos de volver a invocar— que los firmantes del convenio, obtenida del Colegio la lista correspondiente, puedan proceder ellos mismos al sorteo por insaculación... Desde luego lo que no es exigible es que una sola de las partes, sin contar con la otra, realice dicha insaculación o se vea en la necesidad, por ejemplo, de acudir a un fedatario que autentique la misma (...). La Sala constata un extremo de la mayor relevancia: a diferencia del caso resuelto en nuestra sentencia 45/2016, de 31 de mayo de 2016 (autos no 19/2016), la aquí demandante no se ha limitado a reclamar con anterioridad a su demanda las cantidades que juzga debidas, ha hecho algo más a lo que esta Sala ha confe-

rido en repetidas ocasiones la debida trascendencia —sin ánimo exhaustivo, recientemente en la sentencia 51/2016, de 5 de julio (autos n.º 37/2016) y en la sentencia de 21 de febrero de 2017 (autos n.º 95/2016): se ha dirigido a ISOLUX con la intención expresa y clara de iniciar el procedimiento de nombramiento de árbitro dando cumplimiento a la cláusula, y lo ha hecho en un entendimiento de la misma cabal y conforme a su tenor. En este sentido, es inequívoco el burofax de 16 de enero de 2017, en el que se advierte, al propio tiempo, de que, de no recibir noticias, AIDE GROUP acudiría a los tribunales en demanda de nombramiento de árbitro y solicitará la imposición de costas. Ante un proceder así, claro, ajustado a la buena fe, la callada por respuesta no es una conducta acomodada a este principio general del Derecho. Si ISOLUX estimaba que lo procedente era dirigirse al Colegio de Ingenieros evitando una actuación judicial que reputaba innecesaria, debió decirlo así: pero su silencio pudo perfectamente ser interpretado, conforme a recta razón, como un silencio renuente al cumplimiento del convenio. La Sala entiende, pues, que concurre el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el artículo 15.3 LA».

⁴⁷ Señala esta sentencia: «Tercero.- La circunstancia de que no exista en la Cámara de Comercio e Industria de León una Corte de Arbitraje ni un reglamento que regule esta institución no es motivo suficiente para entender inválido el convenio toda vez que, como se ha dicho anteriormente, la vigente Ley, a diferencia de la anterior, ha establecido una previsión concreta para el caso en que no fuera posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, en su artículo 15 encomendando su nombramiento a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y estableciendo el procedimiento para efectuarlo. Cuarto.- Para casos como el presente en que, acreditada la existencia del convenio arbitral, resulta necesaria la actuación judicial para suplir la voluntad de las partes, esta habrá de interpretarse con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral, en armonía con el principio que rige con carácter general para la interpretación de los contratos en el artículo 1284 del Código civil en cuya virtud si una cláusula admite diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto, por lo que deberá subsanarse la mención de la inexistente Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de León entendiéndola referida a esa última, considerándola como la Institución a la que las partes encomendaron la designación del árbitro de equidad cuyo nombramiento interesa el demandante».

⁴⁸ Muy ilustrativa en este sentido es la sentencia del TSJ de Andalucía de 15 de enero de 2015: «Las demandadas mostraron su conformidad o “avenencia” con una de las propuestas que con carácter alternativo se propusieron en la demanda: en concreto, que por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla se remitiera a la Sala una lista de tres candidatos, de entre los que se procedería a la designación mediante sorteo. Dicha avenencia puede ser calificada como allanamiento, vinculante para la Sala, al no ser contrario a norma imperativa ni al orden público. Al efecto conviene reparar en que la competencia de la Sala para la designación del árbitro no comporta necesariamente que sea la Sala quien confeccione la lista de tres candidatos a sortear, por cuanto el artículo 15.3 LA se prevé no solo el nombramiento, sin más, sino también la “adopción de medidas” para que se proceda al nombramiento conforme al procedimiento elegido por las partes».

⁴⁹ Dice así esta sentencia: «Habiéndose allanado la demandada a la pretensión del demandante expresada en el suplico de su escrito de demanda tendente a que por esta Sala se dicte sentencia nombrando árbitros conforme a lo pactado en la cláusula 11ª del contrato celebrado entre las partes el día 29 de mayo de 1997, y, además, convenido sobre que tres profesionales de la arquitectura deben integrar el colegio arbitral, tal y como quedó reflejado en los antecedentes fácticos de esta resolución, procede dictar sentencia de conformidad con lo solicitado por el actor y homologar el acuerdo al que llegaron las partes en lo concerniente a los profesionales que han de integrar el colegio arbitral».

⁵⁰ Citar a estos efectos la sentencia del TSJ de Madrid de 21 de marzo de 2017 que señala: «Sucede, empero, que, con la misma claridad, el convenio no prevé un procedimiento de designación de árbitros. Ahora bien, en congruencia con lo que antecede, la Sala repara,

asimismo —como ha hecho en otras ocasiones—, en que, aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas para intentar llegar a un acuerdo sobre las controversias surgidas en relación con el cumplimiento del Pacto de Socios —v.gr., doc. no 1 de la contestación—, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí demandante de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada. Ninguna prueba en tal sentido obra en las actuaciones. La actora ni siquiera alega tal circunstancia, que es expresamente negada por la demandada. Cumple hacer estas precisiones porque LAMBDOOP rechaza la concurrencia del presupuesto de la acción de designación: que no haya sido posible nombrar árbitro por el procedimiento pactado o, en su defecto, por la falta de acuerdo de las partes en dicha designación. En consecuencia, tal y como hemos dicho, entre otras, en nuestras sentencias 84/2015, de 17 de noviembre (roj STSJ M 13470/2015, FJ 4), 44/2016, de 31 de mayo (roj STSJ M 8097/2016), y 61/2016, de 11 de octubre (roj STSJ M 10730/2016, FJ 3), «falta el presupuesto legal de la designación judicial de árbitros previsto en el artículo 15.3 LA: “que no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes”, o, en su defecto, que dicho nombramiento ni siquiera haya sido intentado. Esta circunstancia, como regla, debe abocar a desestimar la demanda sin proceder al nombramiento del árbitro solicitado». Y en la misma línea, la sentencia del TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2017 precisa que: «aun cuando hubieran existido negociaciones infructuosas o requerimientos fallidos para intentar evitar el litigio sobre las controversias surgidas entre las partes —v.gr., doc. n.º 4 de la demanda—, tal extremo, por sí solo, no eximía a la aquí actora de haber intentado el nombramiento de árbitro antes de incoar la demanda, aun sin procedimiento pactado al efecto, requiriendo a tal fin a la ahora demandada».

⁵¹ Señala así: «Por otra parte, no son de estimar las objeciones que se han opuesto por la parte demandada en el acto del juicio. Se alega, en primer lugar, que no se ha intentado llegar a acuerdo alguno entre la parte actora y la parte demandada para nombrar conjuntamente un árbitro que dirima la contienda. Aunque es lo cierto que no consta acreditado que el actor se dirigiera a la entidad demandada a fin de llegar a un acuerdo en el nombramiento del árbitro y en el procedimiento a seguir para tal nombramiento, no lo es menos que tal intento de acuerdo previo no constituye un requisito “sine qua non” para posibilitar la solicitud de formalización judicial de arbitraje, tal y como se desprende de las disposiciones que se contienen en el artículo 15 de la vigente Ley de Arbitraje, en las que la posibilidad de acuerdo previo queda al arbitrio de las partes, tal y como se deduce del uso por la norma legal del término “podrán”, pero no constituye una exigencia legal cuya ausencia impida a las partes el acudir a los Tribunales».

⁵² LORCA NAVARRETE, A. (2012). *Jurisprudencia Arbitral Comentada de los TSJ. Estudio de las sentencias y autos de los TSJ en materia de arbitraje*, volumen I, año 2011. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 58 y 59.

⁵³ «El mencionado procedimiento de juicio verbal, no cabe caracterizarlo como un genuino juicio verbal de naturaleza contenciosa, sino que nos encontramos más bien ante un procedimiento judicial establecido para cuando resulte necesario suplir la voluntad de las partes en la designación arbitral, que resulta más próximo a los de jurisdicción voluntaria, y por tanto, la remisión al juicio verbal se realiza más propiamente a los meros trámites de dicho procedimiento, dados los principios de concentración y agilidad procesal que caracterizan dicho procedimiento (a «los cauces» del juicio verbal, dice la Ley), ya que no se encuentra en pureza, empeñada cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas (artículo 1811 LEC de 1881 declarado vigente por la actual LEC; a su vez, el artículo 250 LEC no recoge entre sus apartados la tramitación a través del juicio verbal de las pretensiones ejercitadas para el nombramiento judicial de árbitro)».

⁵⁴ CARAZO LIÉBANA, M.J., *ob. cit.*, 179.

⁵⁵ Afirma esta sentencia: «esta Sala, dentro de los límites de su enjuiciamiento, no deba llamar al proceso a los socios partícipes en la sociedad demandada a los efectos del nombramiento de árbitro, respecto de los que ningún litisconsorcio pasivo necesario se representa

como evidente. Si después la concreta pretensión que se hubiese de ejercitar ha de tener efectos directos, o no, sobre terceros ausentes del arbitraje o a quienes no vincule el convenio arbitral —o si vincule porque les sea extensible—, o si dichos terceros han de ser llamados para que puedan intervenir adhesivamente en el procedimiento arbitral —o les asiste el derecho de hacerlo, son todas cuestiones que, en su caso, han de ser planteadas y resueltas, en primer lugar, por el árbitro, ex artículo 22 LA; y, eventualmente, por esta Sala, pero solo ante el posible ejercicio de la acción de anulación contra el Laudo —así, v.gr., en nuestra sentencia 65/2016, de 13 de octubre (roj STSJ M 11921/2016)».

⁵⁶ En cumplimiento de este precepto, señala la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 16 de diciembre de 2011: «Así, dentro del amplio margen de que dispone la Sala en este caso para la designación del árbitro, solo limitado por la condición de jurista que señalan las partes, y que en todo caso, exige el artículo 15.1 de la mencionada Ley, entendemos razonable, en aras a las garantías de independencia e imparcialidad que han de procurarse, atender al objeto del conflicto (discrepancias en el desarrollo de unos contratos de arrendamiento y pago de rentas) y a la sede social donde radica la empresa demandada (Guadalajara) para confeccionar el listado de tres nombres (apartado 6 del artículo 15 LA) de entre los que figuran en la lista de árbitros facilitada por el Colegio de Abogados de Guadalajara, que son elegidos por la Sala mediante sorteo interno, habiendo recaído en los números 3, 6 y 9 de la citada lista, dada la falta de conocimiento por esta de quién o quiénes de dicha lista pudieran presentar un perfil profesional más adecuado al tipo de conflicto a resolver».

⁵⁷ Dice así la Sentencia: «Las demandadas mostraron su conformidad o “avenencia” con una de las propuestas que con carácter alternativo se propusieron en la demanda: en concreto, que por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla se remita a la Sala una lista de tres candidatos, de entre los que se procedería a la designación mediante sorteo. Dicha avenencia puede ser calificada como allanamiento, vinculante para la Sala, al no ser contrario a norma imperativa ni al orden público. Al efecto conviene reparar en que la competencia de la Sala para la designación del árbitro no comporta necesariamente que sea la Sala quien confeccione la lista de tres candidatos a sortear, por cuanto el artículo 15.3 LA se prevé no solo el nombramiento, sin más, sino también la “adopción de medidas” para que se proceda al nombramiento conforme al procedimiento elegido por las partes».

⁵⁸ GONZÁLEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, C., (2014) Comentario del artículo 23 de la LA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, coordinada por el mismo autor, editada por el Consejo General del Notariado, 429.

⁵⁹ BARONA VILAR, S. (2006) *Las medidas cautelares en el arbitraje*, Thompson-Civitas, Navarra, 216.

⁶⁰ MATEO Y VILLA, I. (2014), ob. ya cit., 1195-1212.

⁶¹ Son las resoluciones de 20 de febrero de 2006 (BOE de 23 de marzo) y de 26 de julio de 2018 (BOE de 4 de agosto).

⁶² RUEDA GARCÍA, J.A. (2007) Inscripción en el Registro de la Propiedad de una anotación preventiva de prohibición de disponer otorgada en un laudo arbitral (Nota a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de febrero de 2006), *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XIX, número 3, 380 y 381.

⁶³ RUEDA GARCÍA, J.A. (2007), ob. ya cit., 381.

⁶⁴ Este Informe puede consultarse en el apartado de Publicaciones de la siguiente dirección: <http://www.clubarbitraje.com/>

⁶⁵ GONZÁLEZ SORIA, J. (2018). Conflictos de interés de los árbitros. Revelación y deber de declaración de los árbitros. En: M.J. Menéndez Arias (Coor.) *Anuario de arbitraje 2018*. Cizur Menor (Navarra), 107.

⁶⁶ SERRADA, J. (2016). Designación de los árbitros. Cuestiones que suscitan, en la obra coordinada por JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Anuario de arbitraje 2016*. Cizur Menor (Navarra), Editorial Aranzadi, 202.

⁶⁷ GONZÁLEZ SORIA, J., ob. cit., 108.

⁶⁸ En este sentido la sentencia del TSJ de Madrid, de 23 de septiembre de 2014, afirma que *«lo determinante es la infracción objetiva del principio de igualdad en virtud de una posición de privilegio, que es reprobable incluso aunque no haya sido deliberada o maliciosamente buscada: ...no es necesario —para que se infrinja el principio de igualdad— que la parte más fuerte haya actuado consciente de su prepotencia para situarse en una posición de privilegio, sino que basta con que la otra parte se encuentre limitada en su posibilidad de actuación»*.

⁶⁹ Es muy ilustrativa en este sentido la sentencia del TSJ de Murcia de 21 de febrero de 2014: *«Es cierto que la Ley de Arbitraje proclama en su artículo 17.1 que “todo arbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial”. Cualquier normativa sobre arbitraje recoge idéntico precepto. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, dispone: 1. Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje. Evidentemente, la primera obligación deontológica de un árbitro es la imparcialidad. La Real Academia Española define este vocablo como “falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud”. De la obligación de ser imparcial nada ni nadie pueden dispensar al árbitro. Además, un árbitro tiene que ser especialmente escrupuloso en el cumplimiento de esta obligación de revelar cualquier hecho que pueda suscitar la menor duda en cuanto a su independencia para permitir a las partes su derecho de recusación, en el caso de que él mismo no haya decidido motu proprio no aceptar el nombramiento. Ahora bien, el carácter contractual es inherente al arbitraje. Nada impide, por tanto, que las partes puedan nombrar a un árbitro aunque este haya tenido relaciones con una o con ambas. Tal nombramiento será válido si se ha comunicado previamente a todos la existencia de dichas relaciones. Y si surgen después de la aceptación de su misión por el árbitro, este tiene la obligación de comunicarlo por escrito a las partes para que puedan en su caso pedir la recusación. Por tanto, precisamente por ese carácter contractual del arbitraje, la independencia e imparcialidad debe entenderse para el futuro, es decir, para después de la designación, pero no comprende el pasado, al ser perfectamente posible que las partes designen como árbitro a quien ha mantenido con una o con las dos relaciones de este tipo. Haber mantenido este tipo de relaciones en el pasado puede ser una de esas circunstancias que deben ponerse en conocimiento de las partes, para que la que lo estime oportuno recuse, pero el deber de imparcialidad e independencia tal y como se dispone en la Ley tiene sentido cuando se proyecte sobre el futuro»*.

⁷⁰ Así lo reconoce la sentencia del TSJ de Madrid de 9 de julio de 2013: *«La verificación de la falta de imparcialidad alegada, como la verificación de la vulneración del orden público en que cabe incluirla, debe constatarse “in casu”, tal y como enseña, entre otras, la STC 236/97, comprobando la real y efectiva contaminación o eliminación de la imparcialidad objetiva y subjetiva que resulta exigible a los miembros de los órganos decisorios de controversias dentro de una sociedad democrática, así como la efectiva desaparición de esa necesaria apariencia más allá de las meras sospechas o de presunciones basadas en indicios no concluyentes, incapaces de destruir a su vez la presunción de imparcialidad que ha de predicarse de los órganos decisorios, ya sean estos de naturaleza jurisdiccional, ya integrados en una institución arbitral o que participen de esa naturaleza»*.

⁷¹ Señala así: *«A las condiciones de imparcialidad de los tribunales de justicia, extensivas a los que ejercen funciones arbitrales, se ha referido el Tribunal Constitucional, distinguiendo entre una imparcialidad subjetiva, que garantiza que el juez no ha mantenido relaciones indebidas con las partes, en la que se integran todas las dudas que deriven de las relaciones del juez con aquellas, y una imparcialidad objetiva, es decir, referida al objeto del proceso, por la que se asegura que el juez se acerca al thema decidendi sin haber tomado postura en relación con él (...). (...) es siempre preciso que existan dudas objetivamente justificadas; es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que hagan posible afirmar fundadamente que el juez no es ajeno a la causa o permitan temer que, por cualquier relación con el caso concreto, no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, sino otras conside-*

raciones ajenas al ordenamiento jurídico, pues aun cuando en este ámbito las apariencias son muy importantes, porque lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática, no basta con que tales dudas o sospechas sobre su imparcialidad surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas».

⁷² Sobre la dificultad que entraña la determinación de los casos en que está comprometida la imparcialidad del árbitro, y la utilidad que a este respecto tienen las Directrices de la IBA (*International Bar Association*) sobre los conflictos de intereses en el arbitraje internacional, puede verse GONZÁLEZ SORIA, J., *ob. cit.*, páginas 112 y 113.

⁷³ Afirma esta sentencia: «*Sobre el alcance y contenido del deber de revelación de los árbitros —y de las instituciones arbitrales— pueden tenerse en cuenta, de un modo puramente indicativo, las causas de abstención previstas en el artículo 219 LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) para jueces y magistrados. No obstante, dada la cláusula abierta del artículo 17.3 LA (RCL 2003, 3010), la Sala también pondera las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, adoptadas por Acuerdo del Consejo de la IBA de 23 de octubre de 2014; Directrices que analizan distintas situaciones del deber de revelación del árbitro, y determinan las consecuencias de la infracción de tal deber, aunque ello no presuponga, claro está, la aceptación de tales consecuencias por la Sala, que habrán ser ponderadas en cada caso».*

⁷⁴ En este sentido, nos recuerda la sentencia del TSJ de Madrid de 4 de noviembre de 2016 que: «*Y ello en el bien entendido de que lo determinante para apreciar la parcialidad del árbitro no es la infracción del deber de revelación —por más que pueda ser un indicio de la falta de neutralidad—, sino que «lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia» (FJ 7, STSJ Madrid nº 61/2015)*».

⁷⁵ Señala el TSJ de Madrid en este fallo: «*De todas estas Directrices se infiere, por tanto, que para considerar que un árbitro no reúne las debidas condiciones de imparcialidad o independencia debe concurrir circunstancias que denoten la pérdida de esa imparcialidad o independencia, no el mayor o menor grado de cumplimiento por los árbitros de poner en conocimiento de las partes datos que pudieran cuestionar su imparcialidad. En definitiva, el supuesto incumplimiento de la obligación de comunicar a las partes de las circunstancias que pudieran dar lugar a dudas sobre su imparcialidad no implica la automática apreciación de pérdida de imparcialidad ni la nulidad del laudo. Lo esencial es que las circunstancias no reveladas a las partes en el procedimiento arbitral denotaran la falta de condiciones de imparcialidad o independencia».*

⁷⁶ Afirma la sentencia: «*lo extraño y discordante sería que dicha entidad bancaria no tuviera una relación directa o indirecta con la Cámara de Comercio, en cuyo seno se incardina la Corte Arbitral, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias, por razón del ordinario tráfico mercantil y societario, sin que de ello se desprenda ningún atisbo de interés o parcialidad, salvo prueba concreta al respecto, del laudo dictado, que también es cuestión distinta, y desde luego no ha sido probada por el demandante».*

⁷⁷ Partiendo de que en el convenio se previó que los árbitros debían tener *un amplio conocimiento de los mercados de productos financieros y derivados*, sostiene la sentencia que: «*Exigida, por tanto, a los árbitros en el convenio arbitral una especial cualificación en la materia objeto de resolución, el modo de acreditar tal conocimiento amplio en el mercado de productos financieros y derivados tiene, necesariamente, que estar en función de una vinculación profesional con la comercialización, tratamiento o estudio de estos instrumentos, acreditable, entre otras formas, a través de estudios doctrinales o participación en debates públicos sobre esta materia. Elegida así, por voluntad de las partes —soberanas en este ámbito—, una vinculación de los árbitros con los productos financieros que habrían de ser objeto de contienda arbitral, tal opción, libremente adoptada por las partes, es incompatible con una absoluta neutralidad doctrinal sobre las cuestiones derivadas de esa materia, difícil-*

mente alcanzable en cualquier cuestión jurídica, en la que toda opinión siempre se inclinará por una de las alternativas posibles, en detrimento de las demás. Lo esencial, por tanto, para calibrar la imparcialidad de los árbitros que fueran designados entre los expertos en esos productos no podría nunca estar en función de las opiniones doctrinales manifestadas por cada uno de ellos en debates o trabajos jurídicos, sino en la vinculación objetiva o subjetiva con la materia concreta objeto de decisión en el arbitraje». Con cita del auto del Tribunal Constitucional 26/2007, de 5 de febrero, expresa: «la necesidad de valorar —en casos como el presente en el que la duda de parcialidad deriva de expresiones públicas— el grado de compromiso del magistrado con la opinión previa manifestada, atendiendo a la totalidad de las circunstancias concretas de cada caso, para determinar si las manifestaciones cuestionadas constituyen una toma de partido sobre el fondo del proceso concreto en que se plantea la recusación, y, entre ellas, si la opinión había sido emitida antes de adquirir la condición de magistrado, iniciado ya el proceso o con anterioridad; el medio o ámbito en el que las opiniones se vierten o dejan traslucir, su contundencia, grado de precisión, etc. (AATC 226/2002, de 20 de noviembre; y 61/2003, de 19 de febrero). Y, con todo ello, descarta el mismo Tribunal “que los trabajos científicos de los profesores universitarios, así como de otros juristas, de estudio de normas legales, bien vigentes, bien en contemplación hipotética de normas venideras, puedan apreciarse como casos subsumibles en ninguno de los supuestos” de la causa de recusación contemplada, añadiendo que “la redacción de tales trabajos científicos, por más que versen sobre normas enjuiciadas... no puede ser causa de recusación”, lo que distingue de los trabajos, estudios o dictámenes emitidos a instancia de instituciones u órganos implicados en el procedimiento».

⁷⁸ Dice así la sentencia: «las causas de recusación están previstas para el juez/árbitro con las partes, no con su letrado, al respecto el Tribunal Constitucional ha dicho “Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si la enemistad manifiesta o la amistad íntima afecta a la imparcialidad judicial cuando la misma se aduce no en relación con la parte, sino con el Letrado de esta (AATC 265/1988, de 29 de febrero; 117/1997, de 23 de abril; 204/1998, de 29 de septiembre) o con el juez instructor de la causa penal en la que recayó la sentencia impugnada en amparo (AATC 115/2002, de 10 de julio; 136/2002, de 22 de julio) y ha descartado que, en estos casos, pueda vulnerarse el derecho fundamental al juez imparcial al entender que ‘la imparcialidad lo es respecto de quien solicita la tutela judicial y no en relación con quienes, colaborando con la justicia, representan y defienden a los justiciables’ (ATC 117/1997, de 23 de abril, FJ único). De ahí que se haya sostenido que como el ‘Letrado ni es parte ni es justiciable, sino asesor técnico de quien es una y otra cosa (...) el legislador no incumple ni viola ningún mandato constitucional al no reconocerle el derecho a recusar’ (ATC 265/1988), y que también se haya afirmado ‘que la falta de previsión legal, como motivo de recusación, de la enemistad manifiesta de los Jueces y Magistrados con los Letrados de las partes que intervengan en el pleito o causa no supone lesión alguna del derecho fundamental a la imparcialidad del juez, que solo asiste al justiciable’ (ATC 204/1998, de 29 de septiembre, FJ 4)” (Auto Sala 1.ª de 9 de mayo de 2005). De acuerdo con la doctrina expuesta, es claro que la amistad íntima o la enemistad manifiesta del juez/árbitros, con los letrados de las partes o con otros sujetos que intervengan o hayan podido intervenir en el proceso no conlleva, en sí misma, una pérdida de su imparcialidad, pues la existencia de tales relaciones no determina que el juez no vaya enjuiciar el asunto con la ecuanimidad que le exige el ejercicio de su función, y ello es la razón de la falta de previsión legal de esta causa de abstención/recusación, no contraria al derecho al juez imparcial que garantiza el artículo 24.1 de la CE; no obstante ello, en algún caso es posible la pérdida de imparcialidad subjetiva, como convicción personal del Juez, que lo piensa en su fuero interno, como ha puesto de relieve en alguna ocasión el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...).».

⁷⁹ Dice así esta sentencia: «No previendo así la ley de arbitraje unos motivos de recusación de la institución administradora del arbitraje, la eventual intervención de esta en actividades de promoción de la resolución de controversias a través del arbitraje para un determinado ámbito empresarial, recomendando o proponiendo la inclusión en los convenios arbitrales

la administración del arbitraje por parte de esa institución, no permite por sí sola dudar de la imparcialidad del árbitro designado. El fomento del arbitraje para determinados sectores profesionales o mercantiles implica ordinariamente que algunas instituciones promuevan la inclusión en las cláusulas de arbitraje su intervención en el nombramiento de árbitros y en la administración del arbitraje, lo que determina la previa relación con, al menos, alguna de las partes del futuro procedimiento arbitral. Pero tal actuación no supone necesariamente la pérdida de la parcialidad de todos y cada uno de los árbitros incluidos en las listas de la institución arbitral, quienes son los que, bajo su responsabilidad, deben dictar la resolución arbitral».

⁸⁰ Afirma: «Cabe afirmar, en algunos casos, que las relaciones personales y profesionales entre el árbitro y el letrado de la parte, puedan comportar, una pérdida de imparcialidad objetiva consistente en que con independencia de la conducta personal, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda dicha imparcialidad, existiendo un interés indirecto en el árbitro». Sin embargo, en el caso concreto se descarta la ruptura del principio de imparcialidad: «la amistad referida del árbitro con el letrado de una de las partes es la derivada de las relaciones como abogados, dentro del ejercicio de la profesión. Se trata de una amistad genérica y de cortesía que comporta el desempeño del ejercicio de la Abogacía a la que se une el dilatado ejercicio profesional del Sr. Pintó y el conocimiento por este de quienes ejercen la profesión de abogado, en Barcelona, quien además de desempeñar el cargo de Decano del Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona, ha realizado una labor docente con “afecto y consideración” también a quienes fueron sus alumnos. Asimismo, tampoco puede afirmarse, con éxito, que la independencia e imparcialidad del árbitro se vea comprometida por la circunstancia de haber sido, ambos, el árbitro y el Letrado de LUVIRR, miembros de la Comisión Jurídica Asesora de la Generalitat de Catalunya, aunque lo fueran durante diez años, pues su relación lo era como integrantes una Entidad de Derecho Público, en labores de asesoramiento, que tampoco pueden equipararse a la referida de compartir un despacho profesional, desempeñando unos trabajos puntuales relativos a las competencias de la Generalitat de Catalunya que no pueden ser aceptadas a los efectos de cuestionar la imparcialidad del árbitro, siendo, además, que han transcurrido más de 30 años (1980-1991) y no por ello deviene en incompatibilidades que produzcan y comporten la admisión de la abstención/recusación del árbitro».

⁸¹ Dice así: «Aquí el conflicto surge, no por una indebida relación entre los árbitros y las partes, sino entre los árbitros entre sí. Ciertamente es que la Ley de Arbitraje, en el artículo 17 habla de que los árbitros no podrán mantener con las partes, relación personal, profesional o comercial; que el conflicto o colisión de intereses en el que piensa la Ley es entre los “árbitros jueces” y las partes. Y cierto también que la Ley Modelo, las Directrices de la International Bar Association (IBA) o las Recomendaciones del Club Español de Arbitraje, contemplan, primariamente, el posible conflicto entre los árbitros y las partes. Pero también la sanción de nulidad habría de predicarse por la “injusticia intrínseca del laudo”, cuando el conflicto de intereses fuese entre los árbitros, estando, en principio y como aquí ocurre, las partes alejadas de aquellos».

⁸² Señala este fallo: «para los supuestos en los que conforme al artículo 14 LA se le asigna la administración de arbitraje y la designación de árbitros a una asociación de arbitraje, es claro que desaparece la base misma de la independencia e imparcialidad —requisito sine qua non para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral— pues si bien dichas cualidades se predicen de los árbitros que han sido designados (art. 17 LA) en casos, como el presente, “...en los que la vinculación entre la entidad de arbitraje y los letrados que asesoran a una de las contrapartes es patente, la parcialidad puede predicarse también de la entidad arbitral viciando de partida cualquier procedimiento arbitral que se formalice...” (SAP Barcelona —Sec. 15— 270/2007, de 15 de mayo)».

⁸³ Puede verse un comentario de esta sentencia en MENÉNDEZ, M.J., (2016). La independencia de la corte y el convenio arbitral. La perspectiva de un árbitro, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 101 y siguientes.

⁸⁴ Señala la sentencia: «Esta Sala ha señalado repetidas veces la necesidad de predicar la imparcialidad y la independencia no solo del árbitro, sino de la institución llamada a administrar el arbitraje (por todas, SS. 63/2014, 65/2015, 55/2016). (...). La Ley de Arbitraje es muy clara al fijar los cometidos básicos de las instituciones arbitrales: “la administración del arbitraje y la designación de árbitros... , velar por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y por la transparencia en su designación, así como su independencia” (apdos. 1 y 3 del art. 14 LA). Tanto en la designación de árbitros (art. 15.1 LA) como en la sustanciación de las actuaciones arbitrales (art. 24.1 LA) la institución arbitral ha de respetar el principio de igualdad. Las funciones que desempeñan las Cortes de arbitraje al administrarlo —nombramiento de árbitros, comunicaciones entre las partes, fe del procedimiento arbitral...—, han de estar presididas, es incuestionable, por el respeto al principio de igualdad, lo que es tanto como decir que la Corte arbitral ha de actuar con neutralidad respecto de las partes, con desinterés respecto del thema decidendi, y con independencia, con ausencia de vínculos de sujeción —más allá de los que son propios de o inherentes al arbitraje institucional— que puedan poner en entredicho, fundadamente, la ecuanimidad de su proceder. (...). No ignora la Sala, dicho sea a modo de ejemplo, las recomendaciones del Club Español del Arbitraje (CEA) sobre buenas prácticas arbitrales, y en particular —porque hace al caso— la que señala que las instituciones arbitrales actuarán de forma independiente y neutral, especificando —v.gr., deber 6—, sub epígrafe De los conflictos de intereses, cómo dichas instituciones “deberán informar a las partes de cualquier situación que pueda generar dudas sobre su independencia y neutralidad”. Imparcialidad e independencia de las instituciones arbitrales que se reitera en la recomendación VII del CEA sobre independencia e imparcialidad de los árbitros, cuando dice: “No solo es preciso que los árbitros sean independientes e imparciales, sino que estas características se deben exigir igualmente a las instituciones que intervengan en su designación. Las instituciones arbitrales deben designar a los árbitros a través de un procedimiento reglado, en el que no intervenga ninguna persona que carezca de la independencia e imparcialidad que se exige a los propios árbitros”. Esta premisa es plenamente aceptada por la Sala: la obligación de independencia e imparcialidad, con los consiguientes motivos de abstención, y los deberes de revelación y de información que asisten a los árbitros, mutatis mutandis, son exigibles a las instituciones llamadas a administrar el arbitraje. Extremo ratificado por la Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Y no cabe olvidar algo ya señalado: que lo que en un ámbito determinado no puede sino ser concebido como una recomendación o admonición, en el propio de esta jurisdicción puede y debe ser calificado jurídicamente, en según qué casos, como verdadera exigencia con entraña en la misma Constitución Española, dada la naturaleza de equivalente jurisdiccional del arbitraje. En efecto, por imperativo constitucional no sería admisible una dispensa del monopolio constitucional del ejercicio de la función jurisdiccional que no respetara exigencias indeclinables, según la propia Constitución, del desempeño lícito de la función jurisdiccional por el Poder Judicial: tal es el caso, señaladamente, del principio de igualdad, que evita el desequilibrio a favor o en perjuicio de una de las partes, y de la de imparcialidad en la decisión y en la administración del arbitraje. O, como dijimos, entre otras, en nuestra Sentencia 47/2014, de 16 de julio, existen algunos criterios de orden público indeclinables para las partes, pues su ignorancia convertiría el arbitraje en una institución ajena a los más elementales postulados de justicia: esas reglas de orden público expresan mandatos y prohibiciones cuya inobservancia desvirtuaría la institución del arbitraje como cauce alternativo válido a la vía jurisdiccional incluso desde un punto de vista constitucional: el monopolio en la impartición de justicia que consagra el artículo 117.3 de la Constitución solo puede ser exceptuado si la vía alternativa reúne, más allá de lo que sea o deje de ser la voluntad de las partes, las debidas condiciones de independencia e imparcialidad en quien haya sido llamado a sustituir al órgano jurisdiccional que habría de resolver el conflicto de intereses de que se trate. Ahora bien, dicho lo que antecede, es igualmente claro —también lo hemos señalado, v.gr., en la S. 13/2015, de 28 de enero (FJ 3)—, que el cuestionamiento de la neutralidad de una Corte de Arbitraje tiene que sustentarse en razones objetivas, en

motivos que, considerados con idéntica objetividad, más allá de las conjeturas o de las meras sospechas, sean aptos para comprometer la debida ecuanimidad de la Corte, atendidas las circunstancias del caso concreto».

⁸⁵ Señala: «en algunas ocasiones, la jurisprudencia —también la de esta Sala (v.gr., por todas, S. 24/9/2013, ROJ STSJ M 15966/2013— ha sostenido que la imparcialidad propiamente dicha concierne al árbitro, más que a la institución arbitral, en la medida en que es aquel quien resuelve, siendo el único que puede ser recusado. Ahora bien, este criterio, correcto con carácter general —aun cuando admita matizaciones—, pues responde a la concepción —legal y doctrinalmente aceptada— de que la imparcialidad ha de predicarse de quien tiene que resolver a lo largo del proceso, no obsta —no puede obstar— a la debida preservación de principios básicos del quehacer jurisdiccional y también del arbitraje, en tanto en cuanto este es un “equivalente jurisdiccional”, en locución ya clásica del Tribunal Constitucional: principios básicos tales como el de igualdad a lo largo de todo el procedimiento arbitral, conciliado con la necesaria libertad a la hora de emitir la voluntad de someterse a arbitraje... (...). La exigencia más clara, más incontestable del principio de igualdad en el ámbito del arbitraje es la que obliga a respetar un principio muy elemental: que quien lauda o administra el arbitraje no sea una de las partes o adolezca de la ecuanimidad necesaria para desempeñar tales cometidos. Esta hipótesis es radicalmente inadmisibile: ningún acuerdo de las partes en que concurriera un consentimiento libérrimo y perfecto en tal sentido, nombrando como árbitro o como administradora del arbitraje a una de ellas —o a alguien que dependa de una de ellas—, puede prevalecer sobre el carácter imperativo, de ius cogens, del principio de igualdad. Ni que decir tiene que semejante conclusión debe ser sostenida, a fortiori, cuando la lesión del principio de igualdad se produce en el origen mismo del arbitraje, con la restricción indebida de la libertad negocial —v.gr., por ocultación de datos relevantes».

⁸⁶ JIMÉNEZ-BLANCO, G. (2016). Imparcialidad de los árbitros: admisibilidad de la actuación como letrado ante una corte arbitral de quien forma parte de su lista de árbitros, *El arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos*, Madrid, Editorial Wolters Kluwer, 118 y 119.

⁸⁷ Señala este autor: «El criterio de la sentencia es conforme con la práctica del arbitraje en España. Es frecuente que quienes forman parte de las listas de árbitros de una institución arbitral actúen como letrados defensores de las partes en otros procedimientos de arbitraje administrados por la misma institución. Ello es particularmente admisible dada la extensión de muchas listas de las instituciones arbitrales, que hacen que los miembros de las mismas no puedan considerarse como pertenecientes a una especie de “club cerrado” del que pueda presumirse una voluntad de “ayuda mutua” que pueda afectar a su imparcialidad».

⁸⁸ Dice así la sentencia: «La Exposición de Motivos de la LA es del mayor interés a la hora de efectuar una exégesis auténtica de este artículo 4. Destacamos las siguientes afirmaciones: “Esta Ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral que, por mor de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral”. En otras palabras: las decisiones de la institución que administra el arbitraje se integran o, si se quiere, son expresión misma de la voluntad de todas las partes que suscriben el convenio arbitral —por delegación de estas. Y qué duda cabe de que la institución administradora del arbitraje tiene encomendadas legalmente unas funciones y atribuidas unas responsabilidades de primer orden, que se traducen en verdaderas decisiones, cuya validez se enraza y, por ello, se supedita a la validez misma del consentimiento de las partes que está en el origen

de su actuación. De ahí que sea evidente de toda evidencia que la sumisión a una institución arbitral deba realizarse con plena libertad en la declaración de voluntad —incompatible con la desigualdad de las partes o con la situación de preeminencia de una sobre la otra—, y que resulte asimismo incuestionable que la posición de la institución arbitral en el ejercicio de sus funciones, que aína y representa la voluntad de ambas partes, haya de estar regida por la debida ecuanimidad».

⁸⁹ Señala esta resolución: «Nuestro ordenamiento jurídico no ha concebido el Registro de la Propiedad como un mero instrumento para la publicidad de relaciones jurídicas inmobiliarias plenamente conformadas en el ámbito civil. Muy al contrario, a la inscripción de los derechos reales en el Registro se le han ligado toda una serie de efectos tan intensos que transforman cualitativamente el derecho que se inscribe. Aun manteniendo como norma general el carácter voluntario y declarativo de la inscripción, nuestra legislación ha previsto que el reconocimiento que el Estado hace a través de la inscripción respecto de un derecho real, implica que, con independencia de lo que ocurra en el ámbito extrarregistral, dicho derecho inscrito goza de prioridad frente a otros derechos reales que en el futuro pretendan el acceso al Registro (art. 17 de la Ley Hipotecaria); que, mientras no se declare lo contrario por los Tribunales, se presumirá que el derecho real inscrito existe y pertenece a su titular en la forma establecida por el propio asiento (arts. 1.3º y 38 de la Ley Hipotecaria); que ningún otro título no inscrito será oponible a la titularidad registral (art. 32 de la Ley Hipotecaria); o que adquiera a título oneroso y de buena fe confiando en los pronunciamientos del Registro, sea mantenido en su adquisición aunque después se anule o resuelva el derecho de su otorgante por causas que no constasen en el Registro (art. 34 de la Ley Hipotecaria). Dada la trascendencia que se reconoce a la inscripción, nuestro legislador, ya desde la primera Ley Hipotecaria de 1861, se preocupó especialmente por garantizar el control de legalidad de los títulos que accedían al Registro. Para ello dispuso dos filtros. Por un lado, encomendó a los registradores de la propiedad la realización de un exhaustivo análisis de la legalidad del documento que se presentaba a inscripción. Y, por otro, estableció la necesidad de que, con carácter general, solo pudieran ingresar en el Registro documentos públicos».

⁹⁰ Sobre la especial cualificación e independencia de los registradores para actuar como árbitros, puede verse DEL REY BARBA, S. (2016). ¿Es posible el arbitraje hipotecario?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 758, noviembre-diciembre, 3187.

⁹¹ Señala el tercer Fundamento de Derecho de esta resolución: «Plantean los recurrentes la posible incompatibilidad del registrador para calificar la solicitud de expedición de certificación, dado que, según manifiestan, esta certificación se pide con objeto de utilizarla en la interposición de una reclamación judicial de responsabilidad contra dicho registrador por determinadas actuaciones registrales previas. En efecto, el artículo 102 prohíbe al registrador calificar los documentos que se presenten cuando tengan algún interés en los mismos. En tanto el precepto no realiza mayores aclaraciones sobre qué ha de entenderse por la expresión “algún interés”, ha de acudir a otras normas de nuestro ordenamiento que guarden analogía con este caso. Los registradores actúan de forma independiente y bajo su responsabilidad personal (art. 18 de la Ley Hipotecaria), pero sujetos al principio de imparcialidad. Si hay un caso en el que esas notas adquieren una especial relevancia, es el de la función judicial. En este ámbito, el artículo 219 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, al regular las causas o motivos de abstención y, en su caso, de recusación, de los jueces, considera como tales, situaciones en las que entre alguna de las partes y el juez exista o haya existido algún procedimiento judicial, o el hecho de que haya sido sancionado disciplinariamente en un expediente instado por los mismos (art. 219.4.a, 5.a y 8.a). En el caso objeto de este recurso concurre una particularidad que lo diferencia claramente. Si el legislador al determinar los requisitos de imparcialidad que han de concurrir en un juez solo ha entendido que debe producirse su abstención cuando existe o ha existido un procedimiento judicial instado por las partes, pero no cuando lo único que hay es el anuncio de que quizá se pueden interponer dichas acciones posibles en el futuro, no parece

que existan razones para sostener un criterio más estricto en el caso de los registradores de la propiedad. Como indica el registrador, tanto en el texto de la certificación emitida, como en el informe que forma parte de este expediente, no se ha acreditado por los recurrentes la interposición contra él de la correspondiente demanda de responsabilidad. Entender que la mera manifestación de quien presenta un documento en el Registro acerca de la eventual futura interposición de una demanda contra el registrador es motivo suficiente para considerar que este incurre en situación de incompatibilidad, supondría facilitar un mecanismo para eludir la regla de competencia territorial que en nuestro sistema registral establece el artículo 1.2.º de la Ley Hipotecaria. No podemos olvidar en este punto la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia número 133/2014, de 22 de julio), cuando, al analizar la imparcialidad de los jueces y magistrados, y siguiendo la línea de distinción entre imparcialidad subjetiva y objetiva que ha recogido en su jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha recordado que: “El punto de partida es, por tanto, la regla de imparcialidad del juez conforme a criterios de normalidad, al formar parte de los elementos configuradores de la función jurisdiccional. La ausencia de imparcialidad, en cuanto excepción, ha de probarse en cada caso, pues además de afectar a la composición del órgano judicial y al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, como se ha adelantado, en la medida en que aparte al juzgador del conocimiento de un asunto que le viene asignado en virtud de las normas predeterminantes de la jurisdicción, la competencia, el reparto de asuntos, la formación de salas y la asignación de ponencias, cuya aplicación con criterios objetivos concreta el juez del caso, tampoco puede presumirse en la medida en que tanto la infracción a sabiendas del deber de abstención (art. 417.8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 2635): LOPJ), como la abstención injustificada (art. 418.15 LOPJ), constituyen graves ilícitos de naturaleza disciplinaria en los que el juez podría incurrir de incumplir el deber profesional fundamental de actuar con imparcialidad. No obstante, se ha puntualizado que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del juez surjan en la mente de quien recusa, sino que es preciso determinar, caso a caso, si las mismas alcanzan una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (así, SSTC 162/1999, de 27 de septiembre [RTC 1999, 162], FJ 5; 140/2004, de 13 de septiembre, FJ 4; 26/2007, de 12 de febrero [RTC 2007, 26], FJ 4; 60/2008, de 26 de mayo [RTC 2008, 60], FJ 3; y 47/2011, de 12 de abril [RTC 2011, 47], FJ 9)». Por tanto no se puede considerar acreditado que el registrador tenga interés alguno en el documento por el que se le solicita la expedición de certificación, con lo que no se considera necesaria la intervención de un registrador sustituto en los términos previstos en el artículo 102 del Reglamento Hipotecario”».

(Trabajo recibido el 14-1-2019 y aceptado
para su publicación 1-4-2019)

Eficacia del pacto de asunción de deuda hipotecaria entre esposos, codeudores solidarios

Effectiveness of the mortgage debt assumption agreement between spouses, solidarity co-debtors

por

BELÉN MARÍA CASADO CASADO
*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad de Málaga*

RESUMEN: Queremos centrar el estudio de este trabajo en analizar la eficacia de un caso concreto de asunción de deuda. El planteamiento del supuesto sirve solo de excusa para entrar en una problemática muy compleja. Puede ser habitual que los cónyuges pretendan liquidar la sociedad de gananciales tras el divorcio. Para ello, pueden pactar la atribución a uno de ellos de la vivienda habitual como bien ganancial, asumiendo este el pago del precio pendiente de la hipoteca. Tras la liquidación, uno de los esposos adquiere la titularidad plena de la vivienda habitual extinguiendo así el condominio.

El que obtiene la atribución total asume toda la deuda hipotecaria, subrogándose en la posición del otro deudor¹. Estudiaremos qué efectos tiene este pacto, a qué se obligan los excónyuges con este acuerdo. Dependerá de la posición del acreedor y de si este consiente o no la asunción entre codeudores solidarios, pero será decisivo, sobre todo, valorar a qué se obligaron exactamente los cónyuges cuando realizaron este contrato.

ABSTRACT: We want to focus the study of this work on analyzing the effectiveness of a specific debt assumption case. The approach of the assumption serves only as an excuse to enter a very complex problem. It may be common for spouses to claim to liquidate the society after divorce. To do this, they can agree the attribution to one of them of the habitual dwelling as well profit, assuming the payment of the pending price of the mortgage. After the liquidation, one of the spouses acquires the full ownership of the habitual dwelling thus extinguishing the condominium. The one who obtains the total attribution assumes all the mortgage debt, subrogating in the position of the other debtor. [1] We will study the effects of this agreement, what the ex-spouses are obliged to do with this agreement. It will depend on the creditor's position and whether or not he consents the assumption between solidarity co-debtors, but it will be mandatory to assess what exactly the spouses were obliged to do when they made this agreement.

PALABRAS CLAVE: Asunción de deuda hipotecaria. Novación subjetiva. Deudores solidarios. Resolución. Imposibilidad sobrevenida prestación. Incumplimiento. Efectos restitutorios.

KEY WORDS: Mortgage debt assumption. Subjective novation. Solidarity debtors. Resolution. Impossibility of overcoming provision. Non-compliance. Restorative effects.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO Y ENCAJE NORMATIVO: I.1. NATURALEZA JURÍDICA. I.2. ÁMBITO NORMATIVO.—II. EL CONSENTIMIENTO DEL ACREEDOR EN LA ASUNCIÓN DE DEUDA.—III. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: ASUNCIÓN INTERNA, ACUMULATIVA O LIBERATORIA, SU IDENTIFICACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.—IV. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA Y ASUNCIÓN INTERNA DE DEUDA: EFICACIA E INCUMPLIMIENTO DEL ASUMENTE.—V. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DERIVADOS DE LA INEFICACIA O RESOLUCIÓN DEL ACUERDO DE ASUNCIÓN.—CONCLUSIONES.—ÍNDICE JURISPRUDENCIAL.—BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

El supuesto que examinamos se presenta como un acuerdo de mucha utilidad en una situación de crisis matrimonial, pues puede evitar contienda en materia

de Derecho de Familia. Si los cónyuges que quieren divorciarse liquidan la sociedad de gananciales y con ella se extingue el condominio sobre la vivienda familiar ganancial, la relación jurídica patrimonial entre los esposos o exesposos se sana en uno de sus puntos más conflictivos.

Sin embargo, pueden aparecer problemas con posterioridad que las partes no fueron capaces de prever o que dificultan las expectativas creadas en relación a la deuda hipotecaria.

Imaginemos que el acreedor no acepta la liberación de uno de los deudores solidarios, cuestión que será lo más probable; el mantenimiento de deudores solidarios se infiere siempre más ventajoso para el acreedor. ¿Hasta dónde llegan entonces los efectos de este pacto?, ¿tendría sentido su mantenimiento de futuro?, ¿podría esta negativa haber frustrado la causa del acuerdo?, ¿qué efectos tendría esto último? Resulta de interés jurídico averiguar las obligaciones contraídas por los exesposos mediante esta asunción de deuda, valorándolas desde fuera de la «órbita de poder del acreedor»².

El acuerdo presenta cierta complejidad por la existencia de vínculos obligaciones bilaterales y trilaterales, entre deudores y acreedor, a nivel de responsabilidad personal u obligacional y responsabilidad real. La atipicidad normativa de la figura de la asunción de deuda obstaculiza la búsqueda de soluciones. De una acotación clara del planteamiento dependen las respuestas que podamos dar a esta cuestión.

Debemos tener en cuenta que el problema es posible que perdure en el tiempo, pues puede afectar a toda la vida del préstamo hipotecario si el acuerdo se realiza cuando aún está pendiente casi toda la cuantía de deuda.

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL ACUERDO Y ENCAJE NORMATIVO

I.1. NATURALEZA JURÍDICA

Planteamos el estudio del pacto en virtud del cual uno de los esposos asume la deuda hipotecaria a cambio de la atribución de la titularidad exclusiva de la vivienda. Hablamos de asunción en cuanto que este deudor va a hacer suyo el débito, ya que se compromete al pago del importe pendiente del préstamo hipotecario. En virtud de ello se responsabiliza del montante sin posibilidad de exigir al otro deudor solidario en su relación interna. Se trata de una aceptación del total pago en la relación interna entre deudores solidarios, pues el que asume no es tercero sino deudor directo del acreedor.

Si esto es lo que ocurre en el supuesto que estudiamos, aunque admitamos el término asunción de la deuda en sentido amplio, podríamos cuestionar que estemos ante una auténtica asunción de deuda en sentido estricto. La doctrina, en las definiciones referidas a la figura, siempre habla de «tercero» que asume;

incluso hay opiniones que manifiestan que una persona no puede asumir una deuda de la que ya es parte. Si lo hace, no asume una deuda ni nace una relación jurídica sino que sería un acto de reconocimiento de la ya existente o quizás un negocio jurídico de fijación, «por esta misma razón un deudor solidario no puede asumir la misma deuda solidaria frente a su deudor»³.

La figura de la asunción de deuda se concibe en la actualidad como novación subjetiva modificativa, relacionada por tanto con el cambio en la posición pasiva⁴. Se reconoce plenamente hoy la existencia de la asunción de deuda pese a que durante muchos años fue discutida, pues conforme a los antecedentes históricos romanos de la novación esta podía ser solamente extintiva⁵. Después de muchos años de polémica, está plenamente reconocida por nuestra jurisprudencia y doctrina, aunque se sigue cuestionando su encaje como figura diferente a la novación⁶. Para la época actual, resulta expuesta la conveniencia de su regulación de futuro. Hay quien opina que tenemos una regulación desordenada e imprecisa de la novación, que debe ser suprimida y que deben ser reestructuradas las instituciones para el cambio de acreedor y de deudor; que debe pues ser reformada esta materia por ser clave en la dinamización de la economía y de la eficiencia económica de las instituciones, para una mejor compensación y ordenación de los intereses de deudores y acreedores, siendo ello una de las cuestiones más complejas de la actual política legislativa⁷.

Otro tema no discutido en la novación es el de la necesaria ratificación posterior del acreedor. Si esta ratificación no se produce no podemos hablar de novación, de cambio en la posición pasiva. Se trata de una relación triangular que necesita siempre del apoyo o consentimiento del acreedor, que acepta la salida de uno de los deudores, el deudor primitivo, y la entrada del tercero que asume como nuevo deudor. Así se produce la llamada liberación del deudor anterior tras esta ratificación⁸.

En el supuesto que tratamos no podemos hablar en sentido técnico jurídico de tercero como nuevo deudor que asume, ni sabemos si este acuerdo nace con el consentimiento o aprobación del acreedor. Pero este pacto puede ser tratado como una asunción de deuda, pues desde el punto de vista de la finalidad perseguida por las partes los supuestos son totalmente asimilables y la autonomía de la voluntad es igualmente el fundamento de la misma. No será posible que en la relación externa dos deudores solidarios puedan asumir la deuda siendo ya deudores, pero sí en su ámbito interno. El hecho de que el que asume no sea tercero será relevante en relación a la eficacia del pacto⁹.

La asunción de deuda puede ser una asunción que tenga únicamente efectos entre el que asume y el asumido, sin que afecte a la parte acreedora. De esta manera, la asunción de deuda interna podemos definirla como un contrato en cuya virtud un tercero se obliga frente al deudor a cumplir las obligaciones que este tiene con el acreedor en la forma en que se pacte, sin efectos para el acreedor que nada podrá exigir al que asume la deuda¹⁰.

Será muy importante tener en cuenta la voluntad de las partes en la formación del acuerdo, esto es, si quisieron realizar solo una asunción interna o de cumplimiento sin que intervenga el acreedor o si el compromiso se fundamenta en la liberación de deudores y, por tanto, en un negocio jurídico triangular, condicionado al hecho de la ratificación posterior del acreedor, aunque este consentimiento pueda ser obtenido en cualquier momento.

Necesariamente también este pacto podemos encuadrarlo en un supuesto de asunción de deuda hipotecaria.

Entendemos que la asunción de deuda debe ser catalogada como un contrato. Este es otro tema discutido en la figura de la asunción de deuda, pues hay autores que entienden que estamos ante un negocio jurídico unilateral en virtud del cual, el que asume como propia la deuda, lo hace de manera siempre acumulativa, hasta que, si consiente el acreedor, sea liberatoria para el deudor primitivo. Se trata de un compromiso de liberación de una de las partes que puede pasar por varias fases: nacería como una asunción interna, evoluciona hacia una asunción externa acumulativa de pago cuando se notifica al acreedor y cuando el acreedor presta el consentimiento se transforma en liberatoria¹¹. Sin embargo, hay muchas más opiniones y razones para entender que estamos ante un contrato, entre ellas, la influencia germánica de la figura donde resulta catalogada como tal de forma expresa. Esta es la opinión de la mayoría de la doctrina. En la actualidad se concibe la asunción de deuda como un contrato con libertad de forma en virtud del artículo 1278 del Código civil¹². Estamos ante un contrato consensual, bilateral o unilateral, oneroso o gratuito, conmutativo, en virtud del cual un tercero sustituye en una relación jurídica preexistente al deudor, liberándole, bien por acuerdo con el acreedor (expromisión), o bien por acuerdo con el referido deudor (delegación), ratificándolo en este caso el acreedor. Como contrato, hay consentimiento entre dos o más personas y la creación de obligaciones con fuerza de ley entre las partes que han consentido; contrato también como instrumento idóneo para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales. La asunción de deuda como modificación estaría encuadrada en los contornos del concepto de contrato, como una variedad del mismo, siendo este el género y la asunción de deuda su especie. Un contrato cuyos efectos consisten en modificar una relación jurídica preexistente¹³.

I.2. ÁMBITO NORMATIVO

En el estudio del ámbito normativo debemos advertir la crítica a la atipicidad de la figura¹⁴, así como tener en cuenta proposiciones de reforma legislativa, como la que se presentó con el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos¹⁵.

En este caso, el acuerdo de asunción de deuda nace de un pacto inserto en un convenio regulador a efectos de liquidar la sociedad de gananciales. Desde este punto de vista, el artículo 90 e) del Código civil establece la liquidación del régimen económico cuando proceda, como contenido del convenio. Este convenio regulador está regido por el principio de libertad de las partes en la realización de acuerdos y en la primacía de la autonomía de la voluntad, más aún cuando estamos, como en este caso ocurre, en materia exclusivamente patrimonial y no ante cuestiones relacionadas con menores¹⁶. La sentencia que decreta el divorcio conforme al artículo 95 del Código civil, producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará la liquidación acordada.

En la actualidad hay prácticamente total libertad para realizar este tipo de acuerdos, quedando la actividad judicial como instrumento meramente ratificador en materia económica. Incluso la mención de la ley a la no aprobación por el juez del acuerdo si fuese gravemente perjudicial para una de las partes, resulta superada en la práctica no teniendo efectividad¹⁷.

Las partes podrían haber convenido la liquidación de gananciales mediante escritura pública posterior y el fundamento seguiría siendo el mismo. En el caso que planteamos, se aprovecha el convenio para liquidar los gananciales, y dentro de esta regulación y fruto de compensaciones y distribuciones varias (arts. 1392 y sigs. CC), se introduce una asunción de deuda a cambio de la atribución de la titularidad del inmueble¹⁸.

Los efectos del mismo se circunscriben a las partes firmantes (art. 1257 CC), en este caso los esposos, pues al estar contenido en el convenio regulador no interviene la posición acreedora, aunque pudiera consentirlo después.

Tendremos que tener en cuenta los artículos 1281 y siguientes del Código civil cuando tratemos de deslindar el contenido obligacional que las partes han querido establecer en virtud de este acuerdo. Será ello clave en la valoración del supuesto, pues también es fundamental esta interpretación de las partes en la modificación o extinción de relaciones obligatorias en general.

Específicamente referido a la asunción de deuda y por su atipicidad, a esta figura se le aplica los artículos 1203 y siguientes del Código civil relativos a la novación. Aludimos para este caso a una novación modificativa, pues el artículo 1204 del Código civil determina la necesidad de manifestación expresa para que sea extintiva o que la modificación acordada sea incompatible con la anterior. Estamos de acuerdo en que la teoría de la incompatibilidad tiene su ámbito en la modificación del objeto y no en las modificaciones que tienen que ver con los cambios en los sujetos, en este caso en la posición pasiva¹⁹. Defendemos también los menores efectos del cambio en caso de duda, para entender que la novación solo es modificativa²⁰. El acuerdo en cuestión determina la modificación de la posición deudora de una relación jurídica preexistente, el concierto de un préstamo hipotecario. La asunción de deuda se cataloga como

novación modificativa subjetiva con carácter general. De ahí que el artículo 1205 del Código civil resulte plenamente aplicable.

El artículo 1207 del Código civil y de acuerdo con el principio de relatividad de los contratos, deja a salvo obligaciones accesorias beneficiosas para terceros que no intervinieron. Sin embargo, si hablamos de garantías personales otorgadas por terceros, no de garantías reales, estos garantes personales deberían consentir también la liberación del deudor solidario.

Por otro lado, los artículos 1209 y siguientes del Código civil establecen la posible subrogación de obligaciones legal o convencional. El pacto mencionado puede recoger como acuerdo expreso «la subrogación» de uno de los deudores en la posición deudora del otro, pero estos preceptos se refieren a la «subrogación en los derechos del acreedor». En relación al concepto, el término subrogación se utiliza para este estudio como modificación en la posición deudora y no en los derechos del acreedor. Cabe atribuir por ello un significado distinto²¹.

Sin embargo, el artículo 118 de la Ley Hipotecaria (en adelante LH) sí resulta plenamente aplicable y el término subrogación que utiliza tiene que ver con una subrogación convencional en la posición deudora, tal y como para este caso se plantea. Con esta subrogación la doctrina entiende que se introdujo por primera vez a nivel legal la figura de la asunción de deuda y fue incluida, como reconocimiento a una práctica notarial previa, en la reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944. Supone por tanto, la primera manifestación y consagración legal de la figura de la asunción de deuda y elimina la discusión sobre si se acepta o no definitivamente una asunción exclusivamente modificativa más allá de la *Stipulatio* romana.

El precepto en cuestión recoge lo siguiente: artículo 118 LH:

«En caso de venta de finca hipotecada, si el vendedor y el comprador hubieren pactado que el segundo se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también en la obligación personal con ella garantizada, quedará el primero desligado de dicha obligación, si el acreedor prestare su consentimiento expreso o tácito.

Si no se hubiere pactado la transmisión de la obligación garantizada, pero el comprador hubiese descontado su importe del precio de la venta, o lo hubiese retenido y al vencimiento de la obligación fuere esta satisfecha por el deudor que vendió la finca, quedará subrogado este en el lugar del acreedor hasta tanto que por el comprador se le reintegre el total importe retenido o descontado».

El artículo 118 LH consagra legislativamente la asunción de deuda sin acudir al procedimiento de novación²². Este precepto ha sido ordenado como el reconocimiento legal expreso de la figura de la asunción y se refiere al supuesto de transmisión de finca hipotecada en la que vendedor y comprador acuerdan la transmisión de la propiedad junto con la deuda hipotecaria mediante pactos de retención o descuento del importe del precio; el comprador asume la deuda

hipotecaria del vendedor y la hace suya, quedando subrogado en la posición deudora. Desde la interpretación doctrinal otorgada a esta norma, se debe partir de una postura flexible de este artículo, capaz de recoger por extensión supuestos distintos a la venta. Puede referirse a cualquier transmisión a título gratuito u oneroso, donación, herencia, legado o cualquier contrato traslativo a título oneroso²³.

El acreedor debería ser notificado para que pueda consentir, pero este precepto no exige la notificación, pudiendo hablar de consentimiento tácito. Esta permisibilidad representa un impulso para que la asunción hipotecaria se verifique en el comprador, teniendo en cuenta que la jurisprudencia ha sido muy exigente al requerir que el consentimiento del acreedor a la asunción de una deuda sea expreso²⁴. Por ello para la asunción de deuda hipotecaria se permite mayor flexibilidad. Pero aunque se permita el consentimiento tácito no podemos hablar de consentimiento presunto, sino claro e inequívoco. Este artículo se asienta en la idea de que si el acreedor no se opone se entenderá que efectivamente quiso el cambio de deudores, pues no olvidemos que la necesidad del consentimiento del acreedor se configura como un principio general del derecho hipotecario²⁵. Pero aunque se admita el consentimiento tácito, la sola reclamación de pago al comprador o al nuevo deudor no puede entenderse como consentimiento liberatorio²⁶.

La eficacia del acuerdo estaría limitada en principio a la relación interna entre las partes (art. 144 LH). Si el acreedor consiente podría procederse a la modificación de la escritura hipotecaria y a la posterior inscripción registral recogiendo el cambio, apareciendo como único deudor uno de los esposos. A efectos de titularidad del inmueble, el convenio regulador aprobado por el juez es el documento necesario para modificar la inscripción en el Registro²⁷. Para conseguir hacer efectiva la transmisión de la titularidad no necesitamos aprobación del acreedor pero sí para que el cambio en la posición de deudor tenga efectos para terceros.

El Derecho alemán regula la asunción de deuda como contrato. En concreto, por ejemplo, referido a la asunción de deuda hipotecaria, el parágrafo 414, inspirador de la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, establece «Si el adquirente de una finca, mediante acuerdo con el enajenante, asume una deuda de este que está garantizada con hipoteca sobre la finca, el acreedor solo puede ratificar la asunción de deuda si el enajenante le informa. Si han transcurrido seis meses desde la recepción de la comunicación, se considera que se ha concedido la ratificación, a menos que el acreedor se la haya denegado dentro de dicho periodo de tiempo». Parágrafo 415.2 «La notificación no puede ser realizada por el enajenante hasta después de que el adquirente haya inscrito en el Registro como propietario. Debe ser por escrito y contener una referencia del hecho de que la persona que asume la deuda ocupa el lugar del antiguo deudor a menos que el deudor declare su negativa dentro de un periodo de seis

meses. 3. El enajenante notificará al acreedor, previa petición del adquirente, la asunción de deuda²⁸. Tan pronto como se resuelva la cuestión de la ratificación el enajenante se lo notificará al adquirente. Si la asunción de deuda es pactada por el tercero con el deudor, su eficacia depende de la ratificación del acreedor. La ratificación solo puede realizarse si el deudor o el tercero han comunicado al acreedor la asunción de deuda. Hasta la ratificación las partes pueden modificar o invalidar el contrato»²⁹.

El Proyecto de Ley de Reforma del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos recoge expresamente la figura de la asunción de deuda en los artículos 514-11 a 514-14. En estos preceptos y siendo fiel con la tradición, aparece tanto la figura de la expromisión como la figura de la delegación de deuda, dos variantes plenamente asentadas de la asunción de deuda. Incide en el consentimiento del acreedor para el caso del acuerdo entre tercero y deudor en la delegación y habla de aceptación expresa de manera literal. Antes de la aceptación del acreedor el deudor y el tercero pueden modificar o dejar sin efecto el acuerdo de asunción, salvo que siga vigente el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación. Si el acuerdo de asunción no ha sido aceptado por el acreedor, el punto 5 del 514-11 establece que dicho acuerdo vincula al tercero con el deudor al pago de la deuda asumida, salvo que las partes pacten otra cosa³⁰.

II. EL CONSENTIMIENTO DE ACREEDOR EN LA ASUNCIÓN DE DEUDA

La ratificación del acreedor libera a uno de los deudores, que cede su posición deudora al otro tras la asunción de deuda; el deudor cedido asume el pago y la responsabilidad³¹. Es doctrina y jurisprudencia reiterada que el acreedor debe prestar el consentimiento para la novación, pero ya sea esta cumulativa o liberatoria. Si consiente en la cumulativa se añade un nuevo deudor, pero si consiente la liberatoria, produce que uno de los deudores salga de la esfera obligacional (art. 1205 CC)³².

Se habla indistintamente de consentimiento o de ratificación del acreedor como si se tratase de conceptos idénticos. Sin embargo, hay ciertos matices entre estos dos términos, pues entendemos que el consentimiento está más referido a la condición de parte del que lo presta, mientras que la ratificación está más relacionada con una acción exterior de un tercero, en este caso, el acreedor, que aprueba o confirma actos de otros³³.

El artículo 1205 del Código civil establece la necesidad del consentimiento del acreedor para el cambio en la posición pasiva, como cuestión preceptiva para la existencia misma del cambio³⁴, pero la Doctrina entiende que también es posible hablar de asunción acumulativa sin efecto liberatorio, manifestando

que el consentimiento es preceptivo para la liberación pero no para la existencia de la novación.

Conforme al artículo 1205 del Código civil se exige el consentimiento del acreedor sin mencionar más detalle en relación a la FORMA que debe tener este consentimiento. Pero literalmente recoge la necesidad de consentimiento expreso el artículo 514.44 de la Propuesta de Reforma del Código civil en materia Obligaciones y Contratos. El artículo 118 LH, respecto a la asunción de deuda hipotecaria, habla de consentimiento expreso o tácito. Esto es debido, según la doctrina, a la necesidad de hacer este consentimiento del acreedor más flexible, por la especialidad de la asunción hipotecaria, queriendo que esta asunción produzca más efectos para permitir al adquirente subrogarse plenamente en la posición del vendedor, pero advirtiendo que no puede ser un consentimiento presuntivo sino que debe deducirse claramente de actos concluyentes. En cualquier caso, la asunción de deuda no es automática por el hecho de la transmisión de la finca hipotecada. Así lo ha dicho la RDGRN de 2 de diciembre de 1999³⁵: «La venta de una finca hipotecada no tiene, por sí, el efecto de que con la finca se transmita la deuda garantizada con la hipoteca de modo que el deudor quede ya liberado de esta deuda. Para conseguir este efecto sería necesario, además del consentimiento del nuevo deudor, el pacto por el que se establezca que el comprador se subrogará no solo en las responsabilidades derivadas de la hipoteca, sino también de la responsabilidad con ella garantizada».

Para el caso que estudiamos, será difícil sostener la existencia de un consentimiento tácito del acreedor o derivado de actos concluyentes. La reclamación de pago a uno de los deudores no supondría, en ningún caso, consentimiento liberatorio para la asunción, ya que el acreedor está legitimado para reclamar y aceptar el pago de cualquiera de las partes, porque ambas ya son deudoras solidarias. De hecho, afirman los autores con carácter general, para cualquier supuesto de asunción de deuda, que puede el acreedor reconocer al tercero para el pago sin que eso suponga que esté consintiendo el cambio en la posición pasiva³⁶.

No está recogida en la norma española la necesidad de notificación con plazo de respuesta para el acreedor, ni siquiera la obligación de notificar, como ocurre en el Derecho alemán. Actualmente la notificación del acuerdo al acreedor y el trascurso del plazo sin contestar no puede ser entendida directamente como consentimiento liberatorio, por mucho que sea el tiempo transcurrido. Solo hechos que puedan dar lugar a entender que hay un consentimiento derivado de actos concluyentes, que manifiesta que el acreedor está dispuesto a liberar a uno de los deudores solidarios. Hemos de tener en cuenta la trascendencia para el acreedor del consentimiento emitido, pues su derecho de crédito se apoya en la capacidad personal y patrimonial de los deudores³⁷.

Respecto al MOMENTO en que el acreedor debe prestar el consentimiento, la norma alemana le da un plazo de seis meses desde la recepción de la

comunicación, la norma española entiende que el acreedor debe consentir para la liberación sin plazo y la doctrina interpreta que ese consentimiento puede darse en cualquier momento, pudiendo ser anterior, posterior o coetáneo³⁸. La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos sí está pensando en cierto plazo aunque no dice cuánto, al afirmar que:

«Antes de la aceptación del acreedor el deudor y el tercero pueden modificar o dejar sin efecto el acuerdo de asunción, salvo que siga vigente el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación»³⁹.

Entendemos que la Propuesta de Reforma del Código civil establece un periodo de expectativa o periodo yacente, por ello, por tanto, pensamos que no querrá decir que el acreedor pueda consentir en cualquier momento. El consentimiento del acreedor para la asunción de deuda en general y para la asunción de deuda hipotecaria en particular, debe estar sometido a un plazo, que será el prudencial para que se le comunique al acreedor la asunción y pueda pronunciarse. Y además opinamos, que si las partes comunican la asunción al acreedor y este no contesta en un plazo razonable, hay que interpretarla siempre como un rechazo por parte del acreedor. Debemos tener en cuenta que la Propuesta de Reforma, al regular la asunción de deuda, añade el requisito del consentimiento expreso y el de la comunicación al acreedor⁴⁰.

Mayor problema plantea que el acreedor no resulte notificado. Puede que ni si quiera se haya enterado de la asunción de deuda entre sus deudores solidarios. Hemos de tener en cuenta, no obstante, que aunque no se hayan dado comunicaciones por escrito podrían los deudores haber tenido contactos varios a estos efectos, muy probablemente comunicaciones verbales, presenciales, telefónicas, etc. Aún siendo esto así, con la normativa actual no tenemos argumentos para defender la obligación de comunicar al acreedor, y menos para defender que la comunicación deba ser por escrito y no pueda ser verbal.

No estará obligado el deudor que asume a aceptar una liberación totalmente extemporánea, puesto que no puede estar indefinidamente vinculado a la incertidumbre de sus efectos⁴¹. Si esta ratificación resulta extemporánea debería ser acordada de nuevo por las partes⁴².

La ratificación del acreedor con modificación de las condiciones hipotecarias o condicionada tampoco es auténtica ratificación. El artículo 1256 del Código civil impide que los contratos pueden dejarse a la libre voluntad de una de las partes, en este caso, a la libre voluntad del que tiene la facultad de aceptar. La ratificación modificada o condicionada no puede ser considerada como ratificación sino como todo lo contrario, es decir, como negativa expresa a consentir la asunción de deuda y como intento al menos de expromisión para que sea el que asume el que pueda decantarse por aceptar o no la asunción de esta forma⁴³.

III. INTERPRETACIÓN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES: ASUNCIÓN INTERNA, ACUMULATIVA O LIBERATORIA, SU IDENTIFICACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

Tiene una importancia total calificar o identificar el acuerdo realizado como asunción de deuda interna, asunción de deuda acumulativa o asunción de deuda liberatoria. Esto es así porque la eficacia del pacto realizado depende absolutamente de esta calificación. Incluso, en ocasiones resulta decisivo determinar si estamos ante un contrato de asunción de deuda o ante otra cosa, ya que hay sentencias que entienden que el acuerdo no es una asunción de deuda sino una cesión de créditos, o califican el contrato como contrato de compraventa donde una de las partes realiza el pago del precio de una forma peculiar o se trata de una especie de mandato o gestión, que no conlleva propiamente asunción de deuda alguna⁴⁴. Téngase en cuenta que en el tráfico mercantil o comercial existirá la posibilidad de realizar acuerdos muy diversos.

No obstante, la asunción de deuda puede ser considerada un mero efecto, que puede derivar de una multitud de contratos típicos o atípicos, que se perfeccionan con respeto a los límites intrínsecos de la autonomía de la voluntad de las partes (art. 1255, 1274 CC)⁴⁵. Aclaremos con ello, por tanto, que puede haber asunción de deuda y puede haber también, por ejemplo, una compraventa; mediante la asunción de deuda el deudor asumente/comprador asume el pago del precio de forma aplazada aunque el efecto traslativo de la propiedad ya haya acontecido. Por este motivo, estos contratos tienen finalidades muy diferentes, pudiendo establecerse con intención de donar, con intención de prestar dinero o en cumplimiento de una obligación contraída previamente.

Es este un tema de enorme complejidad y con total trascendencia en la práctica, ya que son muchas las sentencias destinadas a valorar si estamos ante una asunción de deuda realmente, si esta es liberatoria, acumulativa o si el cambio ha producido la extinción de la relación obligatoria haciendo nacer una nueva. Por ello, resulta decisiva la actuación del acreedor y dilucidar qué es lo que quisieron las partes al contratar. Los argumentos jurídicos utilizados son básicamente dos: la correcta aplicación del artículo 1205 del Código civil y, los artículos 1281 y siguientes del Código civil.

Aunque la asunción de deuda se presenta reconocida como figura jurídica, que supone la aceptación doctrinal de la novación modificativa, con aplicación analógica del artículo 1205 del Código civil, que puede ser tanto liberatoria como acumulativa, las sentencias analizadas sobre asunción de deuda muestran cierto paralelismo entre la novación extintiva y la asunción de deuda liberatoria, y la novación modificativa con la asunción de deuda acumulativa. Pocas sentencias hemos encontrado referidas a la asunción interna propiamente dicha (creemos que más bien denominada, en todo caso, como asunción acumulativa

sin consentimiento del acreedor), pero sí muchas sentencias disponiendo una asunción acumulativa por falta de consentimiento del acreedor. En estos casos, resulta interpretable, respecto de cada una de ellas, si el pacto tuvo intención de quedar como asunción cumulativa con efectos exclusivamente *inter partes* o si resultó acumulativa porque no fue conseguido el acuerdo trilateral, aunque hubiese nacido con esa pretensión.

Así, por ejemplo, entre otras muchas, la STS de 1 de diciembre de 1989, en una asunción de deuda condicionada mediante pacto resolutorio, determina que estamos ante una novación modificativa, cumulativa, porque se da el acuerdo tripartito y porque la anterior puede revivir si hay incumplimiento, entendiéndose que la novación extintiva es siempre excepcional.

Por otro lado, la STS de 6 de junio de 1991 afirma literalmente que la asunción de deuda cumulativa no excluye la aceptación del acreedor, pues su efecto principal es crear una relación de solidaridad entre el antiguo y el nuevo deudor.

La STS 953/2000 de 24 de octubre, se expresa considerando la asunción de deuda como cumulativa, habla de novación modificativa y no extintiva, no extingue sino que modifica el vínculo contractual.

La STS 664/2014 de 19 de noviembre, afirma que la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra respecto de la misma relación obligatoria sin extinción de esta, citando al mismo tiempo la STS de 21 de mayo de 1997; figura no recogida por el Código civil, pero admitida por la jurisprudencia y la práctica en la realidad social (citando las STS de 29 de noviembre de 2001, 21 de marzo de 2002, 29 de abril de 2005, 21 de mayo de 2007, 13 de febrero de 2009). La STS 590/2015 de 5 de noviembre, entiende que sin consentimiento del acreedor la asunción de deuda es cumulativa o de refuerzo y que para que sea liberatoria se necesita el consentimiento del acreedor, citando otras muchas como la SSTS 990/1996 de 25 de noviembre, 433/1997 de 20 de mayo, 552/2003 de 10 de junio, 72/2005 de 14 de febrero, 280/2005 de 29 de abril y 841/2010 de 20 de diciembre.

Los problemas en los tribunales relacionados con la asunción de deuda se resuelven en casi todos los casos desde la perspectiva de la voluntad de las partes, establecida en la literalidad del acuerdo, pues esta es la primera regla fijada en el artículo 1281 del Código civil:

La STS 18 de marzo de 1992, entiende que el documento privado con la expresión «Se comprometo a abonar», supone una asunción sin acceso al Registro, con la eficacia derivada del artículo 1257 del Código civil, y que no puede deducirse de esta literalidad que la entidad conociera el cambio ni mucho menos que lo consintiera.

La STS 210/1996 de 21 de marzo, recoge un supuesto donde esta voluntad manifestada en la literalidad es concluyente para resolver la cuestión: mediante documento privado reconocen que el sujeto implicado será la titular de negocio «asumiendo el activo y el pasivo generado por la explotación del

negocio y las obligaciones durante la misma respecto a terceros, proveedores y clientes», «asume igualmente la responsabilidad única, en la que a ambas partes concierne del crédito mencionado, obligándose al cumplimiento puntual de las obligaciones que del mismo resulten». En este caso se estaba valorando el posible incumplimiento del pacto, ya que se había despachado ejecución contra la actora llegándose a embargar bienes de su propiedad. En la misma sentencia se utiliza como argumento el artículo 1281 del Código civil para afirmar que la primera y principal regla interpretativa de la voluntad de las partes debe atender a la literalidad, y que si esta literalidad queda establecida de forma clara no cabe la posibilidad de que entren en juego las restantes reglas contenidas en los artículos siguientes.

La STS 953/2000 de 24 de octubre con la expresión «los compradores quedarán obligados al cumplimiento de todo lo estipulado en el presente contrato de forma solidaria con las personas a quienes cedieran su derecho, si otra cosa no se pactara por escritura entre las partes contratantes», fue decisivo para afirmar que se trata de una novación modificativa, que ha de calificarse como cumulativa.

De la misma manera, en la STS 1115/2001 de 29 de noviembre, la literalidad fue concluyente para estipular que solo había un mandato para el pago y no una asunción de deuda.

La STS 266/2007 de 9 de marzo, atiende igualmente a la literalidad; aparece la palabra «liberar» en el acuerdo. La causa y fundamento del otorgamiento de la asunción de deuda es la salida de la Sociedad Mercantil de A quien transmite sus acciones y cuotas de propiedad y determinadas fincas a favor de B más entrega de dinero. Se establece así una asunción de deudores de manera solidaria entre hermanos, para «liberar a A de su responsabilidad real y personal». Esta expresión fue decisiva a la hora de valorar la existencia o no de incumplimiento en cuanto que B había ido cumpliendo sus obligaciones hasta que deja de cumplir y proceden a la ejecución del patrimonio de A.

En la STS 181/2008 de 6 de marzo, se aprecia la expresión «se subroga» Construcciones... S.L. por A en la obligación de entregar a B los locales, apartamentos y garajes, para negar que haya liberación de A, pues entiende que «es perfectamente posible que la modificación convenida en una relación obligatoria se produzca de modo que se incorpore un deudor más que se compromete al pago sin liberar a los deudores primitivos, como asunción cumulativa o de refuerzo».

Por otro lado, en la STS 11/2008 de 16 de enero, la expresión «asumía cualquier carga y gravamen que pudiera afectar a la totalidad de la finca descrita, de la que es copropietaria y con pleno conocimiento de la calificación urbanística de la propia finca», entiende que este acuerdo no equivale a una asunción de deuda, pues esta cláusula no evidencia tal asunción, que debe hacerse de forma inequívoca, contundente y clara y que existen actos posteriores de las partes contrarios a ella. En relación también a la literalidad, la jurisprudencia reitera

en multitud de sentencias que la asunción de deuda requiere consentimiento expreso del acreedor y que este no debe presumirse, que debe dejarse constancia de forma clara y contundente del compromiso que se asume, y de la presunción de los menores efectos, a favor, por tanto, de una novación modificativa antes que extintiva, de una asunción acumulativa antes que liberatoria (*Vid.* SSTS 1172/1992 de 23 de diciembre, 1133/1998 de 9 de diciembre, 1239/2003 de 22 de diciembre, 664/2014 de 19 de noviembre, 181/2008 de 6 de marzo, que cita otras como SSTS 28 de mayo de 1996, 31 de diciembre de 1998, 19 de diciembre de 2001, 2 de octubre de 1998).

Pudiera ser que la asunción de deuda cumulativa tuviera efectos solo internos, si el acreedor no ha conocido o no ha consentido la misma. Se trata de un acuerdo que se realiza entre las partes, asumente y asumido, sobre el que nada ha tenido que ver el acreedor. Pero es importante valorar aquí también la voluntad de las partes, artículos 1281 y siguientes del Código civil. Si pese a la falta de consentimiento del acreedor las partes tuvieron intención de conseguir la liberación y no fue posible o el acuerdo nació más bien con la única finalidad de tener efectos internos. En el primer caso podemos hablar de la frustración por las partes de la finalidad perseguida con el acuerdo y en el segundo caso hablar de asunción interna de deuda propiamente. También resulta factible que, pese a la frustración inicial liberatoria, las partes a posteriori pretendan una asunción interna de cumplimiento⁴⁶.

La STS de 7 de noviembre de 1986, habla de asunción de deuda impropia, para referirse a lo que hemos denominado como asunción interna de deuda, donde no ha intervenido el acreedor, ni parece que las partes hayan tenido intención de que esta intervención se diera. Se trata de un contrato de compraventa con pago del precio mediante la asunción de deudas del vendedor. Aclara la sentencia que se trata de un compromiso bilateral y no trilateral. Estima el tribunal que no es técnicamente correcto pretender la aplicación del artículo 1205 del Código civil, que precisa operación negocial trilateral, sino que se está ante una compraventa con una singular forma de pago, establecida al amparo del artículo 1255 del Código civil, que solo vincula a las partes y de cuyo resultado solo aparecerán obligaciones entre ellas.

Por otro lado, la STS 266/2007 de 9 de marzo, también parece referirse a una asunción interna cuando uno de los hermanos «libera al otro» a cambio de la cesión de bienes inmuebles y derechos comunes a las dos partes. Se plantea el Tribunal la cuestión del incumplimiento del acuerdo, puesto que en modo alguno aparece que las partes hayan planteado la liberación, asume la deuda B a cambio de la cesión de acciones y cuotas de propiedad de determinadas fincas, pero con efectos exclusivamente internos conforme a la finalidad del pacto. Estamos por tanto también ante una asunción interna. Los hermanos, a efectos de deuda, siguen siendo deudores solidarios, por ello se ha procedido a la ejecución del patrimonio particular de A por el incumplimiento de las

obligaciones de B. Esta asunción de deuda interna trae como causa la cesión de bienes y derechos comunes.

IV. ASUNCIÓN DE DEUDA LIBERATORIA Y ASUNCIÓN INTERNA DE DEUDA: EFICACIA E INCUMPLIMIENTO DEL ASUMENTE

Siendo el supuesto estudiado un claro ejemplo de asunción de deuda consistente en la cesión de bienes o derechos a cambio del pago de cuantías debidas, nos centraremos ahora en delimitar los efectos del pacto y su incumplimiento en función de su calificación como asunción liberatoria o asunción interna. Descartamos la asunción cumulativa consentida por el acreedor porque ya son los excónyuges deudores solidarios antes de la asunción.

En la asunción liberatoria existe un acuerdo bilateral que nace con el firme propósito de que sea aceptado por el acreedor.

Las obligaciones contraídas por las partes serán las recíprocas de transmitir los derechos o bienes en cuestión y la del pago de la deuda. Todo ello constituido desde el punto de vista de la autonomía de la voluntad, artículo 1255 del Código civil, pudiendo obligarse de la forma y con el contenido que ellos mismos hayan estimado, con los plazos o condiciones que consideren.

Resulta oportuno, en estos casos, supeditar la transmisión de bienes o derechos al momento de la ratificación del acreedor si el consentimiento de este aún no se ha producido, o bien de manera suspensiva o bien de manera resolutoria, pues de lo contrario el deudor asumido ve cómo transmite el bien sin tener la seguridad de conseguir la liberación.

El deudor que asume está obligado a realizar todas las actuaciones necesarias para conseguir la liberación del deudor asumido y a no obstaculizar el proceso de liberación, colaborando en todo lo posible para que la ratificación se consiga, de lo contrario se le puede obligar a que lo haga (art. 1098 CC).

Una vez conseguida la liberación, resulta solo él obligado al cumplimiento de la deuda. Por ello, los supuestos de incumplimiento se dilucidarán ya desde el punto de vista del nuevo sujeto obligado con el acreedor.

Los problemas planteados en relación al posible incumplimiento de la asunción de deuda por parte del que asume la misma, presentan su mayor complejidad cuando la liberación no se consigue.

Si la finalidad de la asunción queda claramente establecida en obtener la salida de uno de los deudores, si las partes elevan a la categoría de causa, motivo impulsivo determinante, la consecución de la ratificación y esta no se alcanza, podría ser planteada la resolución contractual sin necesidad de proponer cuestiones relacionadas con el incumplimiento, la gravedad del incumplimiento o la culpabilidad de la otra parte. Estos supuestos han sido resueltos como casos de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación, ya que la jurisprudencia

y doctrina han entendido que el artículo 1124 del Código civil resulta también aplicable a estos casos⁴⁷. El acreedor podrá dar por resuelta la obligación si el deudor no puede cumplir por caso fortuito o fuerza mayor⁴⁸, entendiendo que la actuación del acreedor entraña un supuesto que sale totalmente fuera de la órbita de control de su actuación, si notificada la asunción al acreedor este decide no aceptarla por cuestiones normalmente relacionadas con la solvencia del nuevo deudor. Ante la laguna legal del artículo 1182 del Código civil, la jurisprudencia opta por aplicar la figura de la resolución contractual al caso de imposibilidad sobrevenida, admitiendo el carácter no sancionador de la resolución⁴⁹. Si el contrato ha de resolverse debido a un acontecimiento que ha provocado la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones, la Doctrina entiende que no hay que acudir en absoluto a la causa del contrato y a una eventual ineficacia funcional ocasionada por ella, que no tiene apoyo ni textual ni sistemáticamente en precepto alguno de nuestro Código civil, máxime cuando ello puede hacerse perfectamente con base en la letra del artículo 1124 del Código civil, que entienden acoge tanto la acción de resolución por incumplimiento en sentido estricto, como la acción de resolución por imposibilidad sobrevenida⁵⁰.

También debemos tener en cuenta, como argumento a favor de esta manifestación, que la jurisprudencia española acepta en sus últimas sentencias la subsidiariedad del remedio resolutorio, excepcional, por el principio de conservación del contrato, pero la admite cuando la parte que la alega tiene un interés jurídicamente atendible, identificable con el motivo para resolver del artículo 8.2 CESL (Propuesta de Normativa Común de Compraventa Europea)⁵¹. Se trata de la introducción de criterios más flexibles para determinar cuando se produce un supuesto de frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando (...) que se malogren las legítimas aspiraciones de la contraparte⁵². Se trata de un incumplimiento esencial si se priva a la parte contraria de lo que tenía derecho a esperar como consecuencia del contrato, conforme a los principios UNIDROIT, recogido también en el artículo 8:101 (1) PECL (Principios de Derecho Contractual Europeo)⁵³, interpretación por tanto en sintonía con el Derecho europeo.

Del mismo modo, se acepta también la teoría de la continua influencia de la causa, causa subjetiva común a los contratantes, causa como elemento continuador, más allá de la objetiva, identificada con la función económica y social del contrato; se concreta en lo realmente querido por las dos partes al contratar. Pero no estamos ante un supuesto de falta de causa, puesto que al momento de contratar la causa existe aunque deviene en imposible después⁵⁴.

Estos casos también han sido tratados como supuestos denominados de error común en la causa o error sobre la falsedad de la causa, diferente a la causa falsa, que acarrea la anulabilidad del contrato⁵⁵. No todo el contenido verdaderamente querido por los contratantes es causa, sino solo aquella parte de él que constituye el objeto pretendido por los contratantes⁵⁶.

No podemos hablar de nulidad absoluta del contrato sino de anulabilidad, puesto que no se identifica totalmente con la falta de elementos esenciales del contrato, sino que se trata de una ineficacia que se asienta sobre intereses exclusivamente privados, función encomendada a la figura de la anulabilidad contractual.

Si esta interpretación (imposibilidad sobrevenida o error en la causa) nos lleva a la idea de poder alegar la resolución del contrato o su falta de eficacia por anulabilidad, respectivamente, cuando la ratificación del acreedor, conforme a lo realmente querido por las partes fue determinante al contratar, si las anomalías del pacto tienen que ver con una validez provisional cuyo único interesado en hacerla valer es el deudor asumido..., en el mismo sentido y siendo coherentes con nuestra postura debemos defender dos ideas:

— En primer lugar, que esta imposibilidad debe ser algo definitivo no temporal para que haya frustración o para que podamos aplicar el artículo 1182 del Código civil y con él el artículo 1124 del Código civil, artículos 1265 y 1266 del Código civil.

— Que esta ineficacia pueda ser subsanada o convalidada, es decir, entendemos que siendo la frustración definitiva por falta de ratificación del acreedor, si el deudor asumido no ataca por imposibilidad o por anulabilidad los efectos del contrato en un plazo de caducidad de 4 años, podemos interpretar que está interesado en la eficacia del pacto pese a no haber obtenido la liberación. Actos posteriores de confirmación expresa o tácita por hechos concluyentes, pueden hacernos pensar que esta asunción liberatoria se ha convalidado, deviniendo en su menor efecto, esto es, en una asunción interna acumulativa.

Cuando la asunción es interna, el efecto traslativo en virtud de la cesión de bienes o derechos se produce, mientras que la obligación de pago de la deuda derivada de la asunción puede tener un plazo de cumplimiento de considerable extensión, por ejemplo, de 15, 20 o 30 años en supuestos de deudas hipotecarias. El acuerdo se convierte en un pacto de mucho mayor riesgo para el asumido, ya que el acreedor puede atacar su patrimonio particular ante una situación de incumplimiento de pago del asumente. Por ello, mucho más conveniente resulta en este caso someter el acuerdo a un plazo de validez, condicionarlo mediante pacto resolutorio y fijar garantías para su cumplimiento.

En la sentencia STS 266/2007 de 9 de marzo antes citada, los hermanos habían condicionado el cumplimiento de la obligación de pago a un plazo.

El tribunal declaró la resolución del contrato de asunción de deuda por incumplimiento grave del que asume. En este caso en el contrato se había establecido un plazo para la liberación de 5 años mediante el pago total de los importes pendientes por diferentes garantías hipotecarias. Aunque en los diferentes procesos de ejecución el asumente había estado dispuesto a pagar ciertos

importes parciales, se demostró una actividad pasiva y de incumplimiento muy prolongada que había llevado a la apertura de diferentes procesos judiciales frente a los que estaba el otro deudor asumido. Se atendió a la interpretación literal del contrato y a la voluntad de las partes, ya que aparecía expresamente el compromiso de liberar de toda responsabilidad real y personal al hermano a cambio de las atribuciones patrimoniales.

V. LOS EFECTOS RESTITUTORIOS DERIVADOS DE LA INEFICACIA O RESOLUCIÓN DEL ACUERDO DE ASUNCIÓN

Planteada la resolución del contrato o la ineficacia del mismo, según los casos, habría que delimitar los efectos restitutorios que conlleva esta declaración, sin olvidar que en la asunción de deuda liberatoria hemos planteado dos posibilidades para desvincular a las partes del contrato (resolución o ineficacia), mientras que en la asunción interna una sola posibilidad por la vía de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 del Código civil.

La anulabilidad del contrato implica los efectos restitutorios establecidos en los artículos 1303 y siguientes del Código civil. Pero la aplicación de los efectos restitutorios de la resolución contractual ha sido muy estudiada y cuestionada, puesto que el artículo 1124 del Código civil nada dice sobre ello.

El principal fundamento de los efectos restitutorios en la resolución es evitar el enriquecimiento injusto. Si el Código civil guarda silencio al respecto resultarán aplicables las normas de la condición resolutoria expresa y analógicamente los artículos 1303 y siguientes del Código civil, ya que se entiende procedente para cualquier ineficacia contractual⁵⁷.

Pero parte de la Doctrina señala las diferencias existentes entre los efectos restitutorios de una y otra figura, pese a la pretendida aplicación analógica de los mismos. De esta manera, entendemos que es un error confundirlos, que no es directa ni analógicamente aplicable el artículo 1303 del Código civil a los deberes recíprocos de restitución derivados de la resolución por incumplimiento contractual, puesto que no hay identidad sustancial entre la nulidad/rescisión y la resolución (PANTALEÓN PRIETO, 1989, 1154)⁵⁸. Es importante también matizar la diferencia entre el efecto restitutorio y el efecto de resarcimiento, pues deben ser considerados cosas distintas.

Se discute también si la restitución es o no retroactiva y si esa retroactividad es real u obligacional. La jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la retroactividad en multitud de sentencias⁵⁹, citando también al Profesor De Castro que hablaba de efecto retroactivo obligacional y no real derivado de la resolución. Deben ser retornadas las cosas al momento anterior en su estado económico, mediante una retroactividad obligacional según también entienden la mayoría de las sentencias, aunque otras parecen decantarse por unos efectos

restitutorios de carácter real. Dependiendo de ello podremos defender que la restitución supondría la readquisición automática de la cosa por el vendedor tras la resolución o solo hace nacer la obligación de realizar el efecto traslativo posteriormente, obligación por tanto de retransmisión.

En contratos de trato sucesivo se hace muy difícil volver a la situación anterior. Por ello, hablamos de efecto *ex nunc* en relación a los efectos restitutorios de la resolución (DÍEZ PICAZO, 2008, 871)⁶⁰.

A todos los problemas relacionados con la retroactividad del efecto restitutorio en la resolución se añade la complejidad de la restitución de la propiedad de la cosa y el régimen de beneficios o provechos obtenidos durante el tiempo que ha permanecido en manos del restituyente: frutos, intereses, régimen de gastos, mejoras, el problema de quién debe soportar la pérdida o deterioro del bien restituido...⁶¹. La complejidad respecto al alcance de los deberes recíprocos de restitución de las prestaciones ya cumplidas también ha sido expuesta por la doctrina (PANTALEÓN PRIETO, 1989, 1154)⁶².

Cuando la asunción de deuda es liberatoria, los efectos restitutorios pueden resultar menos complejos, máxime si esta liberación ha sido establecida como condición suspensiva, pues no conllevaría el efecto traslativo hasta la ratificación del acreedor. Si finalmente no consiente el acreedor, la cuestión puede ser solventada de la misma manera que los efectos restitutorios en las obligaciones de trato sucesivo, esto es, considerando que ninguno de los dos estará obligado a cumplir. El deudor hará suyos los frutos e intereses percibidos a menos que pueda inferirse que fue otra su voluntad cuando se constituyó la obligación (art. 1120 CC).

Si se ha establecido una asunción liberatoria con condición resolutoria y el consentimiento del acreedor no se da, los efectos restitutorios y la complejidad de los mismos estarán muy relacionados con el tiempo transcurrido entre la notificación al acreedor y la efectiva manifestación en contra de este, o la no contestación en plazo que supondría denegación tácita, pues podría tratarse de un plazo relativamente leve.

Si la restitución conlleva efectos retroactivos reales se produciría la adquisición automática de la propiedad o de los bienes o derechos cedidos; si partimos de una restitución con retroactividad obligacional, el restituyente estará obligado a realizar esta transmisión con posterioridad.

Conforme al artículo 1123 del Código civil y respecto a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa, este precepto remite al artículo 1122 del Código civil. Por ello consideramos que los supuestos de pérdida se dilucidan desde la óptica de la culpa o no culpa del deudor, si hay culpa en el deudor deberá ser soportada la pérdida por este y en caso de no culpa del deudor la pérdida la soportará el acreedor. Las mejoras ceden a favor del acreedor si son como consecuencia del tiempo, pero si se realizan a costa del deudor tendrá el derecho que se atribuye al usufructuario de retirarlas si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes;

remite este artículo 1123 al 1120 del Código civil entendemos respecto a los frutos, siguiendo la misma idea expuesta con anterioridad. En cualquier caso, esta restitución no puede suponer enriquecimiento injusto para una de las partes.

Sin embargo, no debemos olvidar la remisión del artículo 1124 del Código civil al artículo 1295 que menciona la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos y del precio con sus intereses, argumento que sirve para defender la aplicación analógica del artículo 1303 del Código civil a los supuestos de resolución por incumplimiento.

Conforme al artículo 1303 del Código civil relativo a los frutos en la restitución, este precepto no especifica si los frutos percibidos o debidos percibir, por lo que habrá que estar a la buena o mala fe que haya presidido la posesión⁶³. Entendiendo buena fe el desconocimiento de la invalidez del contrato, haciendo suyo por tanto los frutos percibidos, que nada habrá de abonar en este concepto, mientras que si hay mala fe habrá de abonar los percibidos y debidos percibir.

Los PECL artículo 9:307 determina la restitución íntegra retroactiva para supuestos de obligaciones pecuniarias, pero no en el caso de otras prestaciones, con el límite del coste excesivo de la ejecución y en ningún caso quedan afectados derechos de terceros sobre la cosa. Resulta admitida la restitución por equivalente, sin embargo conscientes del efecto retroactivo limitan por tanto sus efectos⁶⁴.

La Propuesta de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos dispone también un efecto retroactivo (*Vid.* arts. 518-17 y sigs.)⁶⁵. Atiende a la culpa o falta de diligencia en la restitución por equivalente de supuestos de pérdida de la cosa debida y habla del abono de los gastos necesarios y no de los demás, pero carece de norma que exima de la restitución cuando su coste es irrazonable, ni previsión de supuesto de deterioro de la cosa⁶⁶.

Entendemos que la complejidad de la restitución de la cosa, bienes o derechos, puede ser menor en función del tiempo de cumplimiento, en cuanto que la cosa ha podido sufrir menos transformaciones derivadas de la cesión, partiendo de que el cumplimiento del pacto o condición resolutoria supone automática desvinculación de las partes con efecto retroactivo.

Cuando estamos ante una asunción interna de deuda todo lo argumentado cambia hacia una mayor producción de consecuencias. Podemos hablar de una mayor diversidad de los efectos restitutorios, no solo porque el tiempo de cumplimiento puede ser dilatado y con ello el incumplimiento y su posible alegación, sino también porque la cosa ha podido sufrir multitud de cambios.

La vía exclusiva para hacer valer la desvinculación de obligaciones y con ella la restitución es solo la del artículo 1124 del Código civil, y no ya la de la ineficacia del contrato y restitución *ex* artículo 1303 y sigs. del Código civil. Aunque la aplicación de los efectos restitutorios resulte similar a lo expresado con anterioridad, no podemos afirmar que sean del todo identificables. Por ello

resulta importante añadir aquí a los efectos restitutorios, los efectos resarcitorios del incumplimiento, siendo ello una cuestión totalmente casuística.

En cualquier caso, los efectos restitutorios de la resolución deben conjugarse bien con la restitución, pero a nuestro entender, van a permitir incluso la reclamación por lucro cesante, siendo indemnizables en cuanto existan y hayan sido probados.

La conjugación de los dos efectos resulta tremendamente compleja pues puede causar inconvenientes como la pérdida de la indemnización de expectativas si el contrato se entendiese como no realizado, o la materialización concreta de otros daños en cuanto que la restitución los ha hecho aparecer. También consecuencias al incumplimiento si fueron dispuestas para sustituir con su aplicación los daños y perjuicios derivados del mismo; debería valorarse por tanto si desaparecen estas consecuencias pactadas.

Este tema presenta tanta complejidad que debería ser estudiado de manera independiente, saliendo ya totalmente del estudio de artículo, por su especial relevancia y mención.

CONCLUSIONES

I. La figura jurídica de la asunción de deuda plantea numerosos problemas en la práctica por lo que se hace totalmente imprescindible una regulación al respecto.

II. Resultaría muy conveniente a nivel legal que el consentimiento del acreedor en la asunción de deuda esté sometido a un plazo, con disposición expresa sobre la obligación de notificación del acuerdo de asunción.

III. Es determinante la voluntad de las partes en la realización del acuerdo, y esencial por ello en estos casos fijar con claridad dicha voluntad, para ver si pretenden una asunción liberatoria o solo pactan una asunción interna de deuda.

IV. La asunción de deuda liberatoria normalmente pretende elevar la consecución de la ratificación del acreedor a motivo determinante del acuerdo, de tal manera que si no se consigue podemos hablar de ineficacia o resolución del mismo, según el caso.

V. La asunción de deuda liberatoria puede devenir en asunción interna vía convalidación de las partes si el consentimiento del acreedor no se consigue y no se ataca su falta de validez por frustración de la finalidad perseguida.

VI. La asunción interna de deuda plantea muchos más problemas relacionados con su incumplimiento. Por ello se hace muy conveniente que se condicione la validez del pacto, se establezca un plazo de cumplimiento y se añadan garantías. De lo contrario, la asunción interna de deuda puede ser un acuerdo de enorme riesgo para el deudor asumido.

VII. Debemos también tener en cuenta que puede resultar extremadamente difícil la aplicación de los efectos restitutorios derivados de la falta de eficacia de la validez del acuerdo de asunción. Mucho más complejos resultarán los efectos restitutorios aplicables a la resolución por incumplimiento en situaciones de asunción interna de deuda incumplida, merecedores de una respuesta totalmente casuística.

ÍNDICE JURISPRUDENCIAL

- STS de 11 de diciembre de 1979, (*RJ* 1979, 4359), Excmo. Sr. Jaime DE CASTRO GARCÍA
- STS de 8 de octubre de 1984, (*RJ* 1984, 4765), Excmo. Sr. Jaime DE CASTRO GARCÍA
- STS de 7 de noviembre de 1986, (*RJ* 1996, 6217), Excmo. Sr. Matías MALPICA GONZÁLEZ-ELIPE
- STS de 1 de diciembre 1989, (*RJ* 1989, 8786), Ponente Excmo. Sr. Ramón LÓPEZ VILAS
- STS de 15 de diciembre de 1989, (*RJ* 1989, 8832), Excmo. Sr. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES
- STS de 14 de noviembre de 1990, (*RJ* 1990, 8710), Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA
- STS de 6 de junio de 1991, (*RJ* 1991, 4421), Excmo. Sr. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL
- STS de 27 de junio de 1991, (*RJ* 1991, 4631), Excmo. Sr. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL
- STS de 18 de marzo de 1992, (*RJ* 1992, 2208), Excmo. Sr. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE
- STS número 1172/1992 de 23 de diciembre, (*RJ* 1992, 10687), Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA
- STS número 1051/1995 de 20 de febrero, (*RJ* 1995, 887), Excmo. Sr. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL
- STS número 210/1996 de 21 de marzo, (*RJ* 1996, 2234), Excmo. Sr. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ
- STS número 1106/1998 de 30 de noviembre, (*RJ* 1998, 9327), Excmo. Sr. José ALMAGRO NOSETE
- STS número 1133/1998 de 9 de diciembre, (*RJ* 1998, 9881), Excmo. Sr. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO
- STS número 953/2000 de 24 de octubre, (*RJ* 2000, 9587), Excmo. Sr. Antonio ROMERO LORENZO
- STS número 813/2001 de 30 de julio, (*RJ* 2001, 6631), Excmo. Sr. Antonio ROMERO LORENZO

- STS número 1115/2001 de 29 de noviembre, (RJ 2001, 9531), Excmo. Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA
- STS número 255/2002 de 21 de marzo, (RJ 2002, 2527), Excmo. Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA
- STS número 1239/2003 de 22 de diciembre (RJ 2003, 8902), Excmo. Sr. Pedro GONZÁLEZ POVEDA
- STS número 72/2005 de 14 de febrero, (RJ 2005, 1671), Excmo. Sr. Francisco MARÍN CASTÁN
- STS número 266/2007 de 9 de marzo, (RJ 2007, 1820), Excmo. Sr. Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES
- STS número 783/2007 de 28 de junio, (RJ 2007, 3786), Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ
- STS número 11/2008, de 16 de enero, (RJ 2008, 6), Excmo. Sr. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA
- STS número 181/2008 de 6 de marzo, (RJ 2008, 4038), Excmo. Sr. Vicente Luis MONTES PENADES
- STS número 556/2009 de 15 de julio, (RJ 2009, 4472), Excma. Sra. Encarnación ROCA TRÍAS
- STS número 664/2014 de 19 de noviembre, (RJ 2014, 5723), Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ
- STS número 36/2015 de 30 de enero, (RJ 2015, 317), Excmo. Sr. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ
- STS número 590/2015, de 5 de noviembre (RJ 2015, 5052), Excmo. Sr. Rafael SARAZA JIMENA

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME MARTÍNEZ, M.A. (1996). *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, Comares.
- ÁLVAREZ JOVEN, A. (1983). El aspecto contractual de la asunción de deuda, en *Anuario de la facultad de Derecho*, número 2, 1983, 289-326, colgado en DIALNET. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=813980>.
- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2000). El contrato de asunción de deuda, *ADC*, I, 83-160.
- BATUECAS CALETRO, A. (2007). La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril, 71-91.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I. (2003). *La asunción de deuda*, Sevilla, J.M. Bosch Editor.
- CASADO CASADO, B. (2013). Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación a la extinción de la pensión compensatoria, en *Revista de Derecho de Familia*, núm. 58, 83-104.

- CASTILLA BAREA, M. (2007). Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006, en *CCJC* septiembre-diciembre, núm. 75, 1127-1153.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (1999). *Responsabilidad personal y garantía hipotecaria*, Navarra, Aranzadi.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1998). *La causa del contrato*, Bolonia, Real Colegio de España.
- (1986). Comentario a la STS de 30 de diciembre de 1985, en *CCJC*, núm. 10, enero-marzo, 3387-3394.
- (1983). Comentario a la STS de 7 de febrero de 1983, en *CCJC*, núm. 1, enero-marzo, 185-192.
- CLEMENTE MEORO, M. (1992). *Resolución de contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- DE LOS MOZOS, J.L. (2002). La regulación del contrato y el problema de la causa, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo, 203-220.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., SERRANO GÓMEZ, E., RAMS ALBESA, J., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., (2009). *La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007-2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I y Tomo II, Madrid, Civitas.
- FERNÁNDEZ-VILLACENCIO ÁLVAREZ OSSORIO, M.C. (2016). Comentario al artículo 118 LH, en *Comentarios a la Ley Hipotecaria*, dirigidos por Domínguez Luelmo, Madrid, Aranzadi, 1120 y sigs.
- GÁLVEZ CRIADO, A. (2007). *La asunción de deuda en el Derecho civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2001). *La asunción de deuda garantizada con hipoteca*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- GARCÍA DE MARINA ALLOZA, M. (1993). *La novación: modificación y extinción de obligaciones*, Barcelona, Serlipost Ediciones Jurídicas.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2007). La causa del contrato, en *Aranzadi Civil*, Vol. III, 2649-2672.
- MERINO GUTIÉRREZ, A. (1995). Hipoteca y asunción de deuda, *Revista La Ley*, 1995-2, 779-787.
- MONFORT FERRERO, M.J. (1999). *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- MORATILLA GALÁN, I. (2004). Asunción de deuda. Consentimiento del acreedor, en *RCDI*, número 686, sentencia del TS de 3 de marzo de 2002, 2926.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2012). Responsabilidad personal y real. Cuestiones sobre el artículo 118 LH y los pactos de retención y descuento del precio en la transmisión de finca hipotecada, en *Revista de Derecho Uned*, número 10, 423-443.
- MUÑOZ ESPADA, E. (2011). *Revisión crítica de la figura de la novación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1989). Resolución por incumplimiento e indemnización, en *ADC*, número 4, 1143-1168.
- PÉREZ MARTÍN A.J. (2009). *Tratado de Derecho de Familia, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Madrid, Lex Nova.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2016). Comentario a los artículos 1203, 1204, 1205, 1209, 1211 del Código civil, en *Código civil comentado*, Volumen III, Orduña Moreno,

- Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Valpuesta Fernández (coord.), Madrid, Civitas, segunda edición, 495 y sigs.
- PINTO ANDRADE, C. (2012). *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona, Bosch.
- PUIG FERROL, L. (1996). Asunción de deudas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, (Derecho de Obligaciones) VIII, Madrid, Consejo General de Poder Judicial.
- REY PORTOLÉS, J.M. (1995). La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 117 y sigs.
- RUBIO GARRIDO, T. (2002). *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza en el Código civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granada, Comares.
- SANCHO REBULLIDA, F. de A. (1980). Comentario a los artículos 1203 y siguientes, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, Madrid, Edersa.
- (1991). Comentario al artículo 1208, *Comentario del Código civil*, Tomo II, Madrid, Ministerio de Justicia.
- STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G. (1987). Construcción jurídica de la asunción de deuda en Derecho español, *La Ley*, 1987-4, 1089-1116.
- Vaquero Pinto, M.J. (2013). Comentario a los artículos 1203-1213 del Código civil, en *Comentarios al Código civil Tomo VI*, dirigidos por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia, Aranzadi, 8894 y sigs.
- Vaquero Aloy, A. (2015). La resolución del contrato, en AA.VV., *El Derecho Común Europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Sánchez González, Bosch Capdevilla y Vaquer Aloy (dir.), Barcelona, Atelier, 621 y sigs.
- AA.VV. (2015). *El Derecho Común Europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Sánchez González, Bosch Capdevilla y Vaquer Aloy (dir.), Barcelona, Atelier.

NOTAS

¹ Planteamos este caso, pero aclaramos que esta problemática también podría darse en acuerdos transaccionales entre los esposos recogidos en convenio regulador, sin que necesariamente se haya liquidado el régimen de gananciales.

² REY PORTOLÉS, J.M., (1995) La pretendida asunción automática de la deuda por parte del adquirente de finca hipotecada, en *Escritos varios sobre hipotecas y anotaciones preventivas de embargo*, Colegios de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 120, determina que estos pactos están «bajo el heterocontrol del acreedor hipotecario».

³ GÁLVEZ CRIADO, A., (2007) *La asunción de deuda en el Derecho civil. Asunción liberatoria, asunción cumulativa y supuestos concretos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 49.

⁴ BATUECAS CALETRIO, A., (2007) La asunción de deuda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en *Revista de Derecho Privado*, marzo/abril, 78 y 87, citando STS de 21 de mayo de 1997.

⁵ *Vid.* entre otros, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., (2003) *La asunción de deuda*, Sevilla, J.M. Bosch Editor, 17 y sigs

⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, (2008), Tomo II, Madrid, Civitas, 1033: «El hecho de que esta sustitución se califique o no como “novación” y

que se discuta si tal novación es extintiva o modificativa, no tiene por sí una trascendencia especial, como, en cambio, la tiene, el decidir su alcance y efectos, que es seguramente el centro de la cuestión».

⁷ MUNIZ ESPADA, E., (2011) *Revisión crítica de la figura de la novación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 212 y sigs.

⁸ Idea esta no discutida, afirmada por toda la doctrina y jurisprudencia, y con base normativa en el artículo 1205 del Código civil. La STS 664/2014 de 19 de noviembre, afirma que la asunción de deuda es la sustitución de la persona del deudor por otra respecto de la misma relación obligatoria sin extinción de esta, citando al mismo tiempo la STS de 21 de mayo de 1997; figura no recogida por el Código civil, pero admitida por la jurisprudencia y la práctica en la realidad social, (citando las SSTS de 29 de noviembre de 2001, 21 de marzo de 2002, 29 de abril de 2005, 21 de mayo de 2007, 13 de febrero de 2009). La STS 590/2015 de 5 de noviembre, entiende que sin consentimiento del acreedor la asunción de deuda es cumulativa o de refuerzo y que para que sea liberatoria se necesita el consentimiento del acreedor, citando otras muchas como la SSTS 990/1996, de 25 de noviembre, 433/1997, de 20 de mayo, 552/2003, de 10 de junio, 72/2005, de 14 de febrero, 280/2005 de 29 de abril y 841/2010, de 20 de diciembre.

⁹ *Vid.* posteriores apartados: «III. Interpretación de la voluntad de las partes: asunción interna, acumulativa o liberatoria, su identificación desde una perspectiva jurisprudencial», «IV. Asunción de deuda liberatoria y asunción interna de deuda: eficacia e incumplimiento del asumente».

¹⁰ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.*, 86. CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 73, afirma que la asunción interna de deuda es aquella que no ha sido notificada al acreedor de modo que solo genera efectos entre los deudores.

¹¹ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 62. *Vid.* también MUÑIZ ESPADA, E., *ob. cit.*, 222 citando la STS de 1 de diciembre de 1989 y al Profesor Ragel Sánchez, donde se afirma que la asunción de deuda no es solo liberatoria o cumulativa sino que puede ser transitoria o definitivamente liberatoria o cumulativa, puede ser compleja o simple.

¹² CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 51, BATUECAS CALETRO, A., *ob. cit.*, 75, habla de negocio jurídico atípico, GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 85, la califica de contrato. PUIG FERROL, L., (1996), Asunción de deudas, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, (Derecho de Obligaciones) VIII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 323.

¹³ ÁLVAREZ JOVEN, A., (1983) El aspecto contractual de la asunción de deuda, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 2, 299.

¹⁴ MUNIZ ESPADA, E., *ob. cit.* 212 y sigs.

¹⁵ *Vid.* Propuesta de Código civil, Libros V y VI, Asociación Profesores de Derecho Civil, Valencia, 2016, alojado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

¹⁶ *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

¹⁷ CASADO CASADO, B., (2013) Carácter constitutivo de la sentencia de divorcio en relación a la extinción de la pensión compensatoria, en *Revista de Derecho de Familia*, Número 58, 87: «De hecho, en la práctica no son rechazadas las propuestas de convenio regulador por apreciar esta situación perjudicial para uno de los cónyuges, aunque pudiera darse el grave perjuicio. Digamos que la práctica judicial favorece aún más esta libertad de autorregulación».

¹⁸ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ C., SERRANO GÓMEZ, E., RAMS ALBESA, J., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., (2009) *La autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de la familia*, Madrid, Dykinson. PINTO ANDRADE, C., (2012) *El convenio regulador. La regulación convencional de los efectos de la ruptura matrimonial*, Barcelona, Bosch. PÉREZ MARTÍN A. J., (2009) *Tratado de Derecho de Familia, constitución, funcionamiento, disolución y liquidación*, Madrid, Lex Nova.

¹⁹ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 103.

²⁰ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.* 65, citando la STS de 12 de abril de 1945 «En todo caso, con la deuda hay que interpretar lo menos; es decir, que hay asunción de pago antes que asunción de deuda, sobre todo cuando no consta el consentimiento del acreedor al cambio de deudores». PERTÍÑEZ VILCHEZ, F., (2016) Comentario a los artículos 1203, 1204, 1205, 1209, 1211 del Código civil, en *Código civil comentado*, Volumen III, Orduña Moreno, Cañizares Laso, de Pablo Contreras, Valpuesta Fernández (coord.), Madrid, Civitas, segunda edición, 499, así lo recoge referido a la novación y al artículo 1204 Código civil, citando sentencias como la de STS de 30 de diciembre de 1935, 27 de noviembre de 1999, 24 de octubre de 2000, 1 de julio de 2009. *Vid.* SSTS 1172/1992 de 23 de diciembre, 1133/1998 de 9 de diciembre, 1239/2003, de 22 de diciembre, 664/2014 de 19 de noviembre, 181/2008 de 6 de marzo, que cita otras como SSTS 28 de mayo de 1996, 31 de diciembre de 1998, 19 de diciembre de 2001, 2 de octubre de 1998.

²¹ MORETÓN SANZ, M.F., (2012) Responsabilidad personal y real. Cuestiones sobre el artículo 118 Ley Hipotecaria y los pactos de retención y descuento del precio en la transmisión de finca hipotecada, en *Revista de Derecho Uned*, número 10, 436, habla de la promiscuidad con la que el legislador y la doctrina hipotecaria usan el término de subrogación. En el artículo 118 Ley Hipotecaria se denomina subrogación en la obligación garantizada con la hipoteca al efecto producido por la asunción de deuda pactada entre el adquirente y el enajenante y sin embargo, pese al empleo de la palabra «subrogación» estamos lejos en el plano jurídico del régimen de la subrogación por pago. CASTILLO MARTÍNEZ, C., *ob. cit.*, 262, habla del término de subrogación como sinónimo de sustituir, o modificar, con subsistencia por tanto del vínculo y sin extinción. GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.*, 331, respecto a la asunción de deuda hipotecaria habla de subrogación como sinónimo de liberación.

²² MORETÓN SANZ, M.F., *ob. cit.* 436.

²³ *Vid.*, entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C., *ob. cit.*, 254.

²⁴ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.*, 84.

²⁵ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *ob. cit.*, 87.

²⁶ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* En 94 y citando SSTS como la de 29 de diciembre de 1919 o la de 8 de junio de 1929 afirma que la realidad de este consentimiento del acreedor no puede deducirse sino de hechos que claramente lo revelen. 99, afirma que la reclamación de pago al comprador no es consentimiento liberatorio sino solo aceptación acumulativa. «La reclamación de deuda dirigida solo contra el asumente no implica consentimiento liberatorio del deudor antiguo sino como manifestación de voluntad de aceptar el nuevo asumente».

²⁷ La Dirección General de los Registros y del Notariado establece en resolución de 1 de marzo de 2017 que según reiterada doctrina de la DGRN el convenio matrimonial puede ser título inscribible en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial en los negocios que puedan tener carácter familiar, como la liquidación del patrimonio ganancial, o la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios; en general, por lo tanto, para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales existentes entre los cónyuges.

Fuera de estos casos de convenio regulador, para la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial se sigue el procedimiento establecido en los artículos 806 y siguientes de la LEC.

Poniendo en relación el artículo 788 LEC que indica que «1. Aprobadas definitivamente las particiones, el secretario judicial procederá a entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado y los títulos de propiedad, poniéndose previamente en estos por el actuario notas expresivas de la adjudicación. 2. Luego que sean protocolizadas, el secretario judicial dará a los partícipes que lo pidieren testimonio de su haber y adjudicación respectivos», con lo que señala el artículo 782 LEC, que determina que la aprobación de las operaciones divisorias se realiza mediante Decreto del Letrado de la Administración de Justicia, pero ordenando protocolizarlas, llega a la conclusión de que es necesaria la protocolización notarial del documento.

Texto publicado en <http://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/12040-el-acuerdo-homologado-de-liquidacion-de-gananciales-requiere-protocolizacion-notarial-para-inscribirlo-en-el-registro-de-la-propiedad/> Información recuperada a fecha de 4 de diciembre de 2018.

²⁸ MORETÓN SANZ, M.F., *ob. cit.* 435. *Vid.* también, STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., (1987), Construcción jurídica de la asunción de deuda en Derecho español, *La Ley*, Madrid, 1987-4, 1106.

²⁹ ÁLVAREZ JOVEN, A., *ob. cit.*, 304.

³⁰ *Vid.* Propuesta de Código civil, Libros V y VI, Asociación Profesores de Derecho Civil, Valencia, 2016, alojado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>, 114 y sigs

³¹ ADAME MARTÍNEZ, M.A. (1996) *Asunción de deuda en Derecho civil*, Granada, Comares, 55-69, en el sentido de afirmar que la idea consistente en la transmisión de la deuda sin el consentimiento del acreedor derivada del acuerdo entre deudor antiguo y adquirente o nuevo deudor, no ha prosperado en ningún ordenamiento jurídico.

³² PUIG FERROL, L., *ob. cit.*, 333, «Como se ha indicado, la asunción independiente de deuda es ineficaz como tal si el acreedor no manifiesta su consentimiento a la modificación de la parte pasiva de la relación obligatoria, pero el acuerdo entre el primitivo y el nuevo deudor que asume la obligación existe. En esta tesitura no se puede hablar de asunción de deuda, sino de una relación obligatoria que únicamente produce efectos entre ambos deudores» citando STS de 26 de abril de 1993 y STSJC de 7 de febrero de 1991.

³³ Según la RAE, consentir significa conformidad con el contenido que expresan las partes y manifestación de voluntad expresa o tácita por la cual un sujeto se vincula jurídicamente. Ratificar es aprobar o confirmar palabras o escritos dándolos por verdaderos y ciertos. DÍEZ-PICAZO, L., (2007/2008).

Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I y Tomo II, Madrid, Civitas. El valor conferido al consentimiento del acreedor es el de una ratificación, citando a DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos de Derecho Patrimonial*, BATUECAS CALETRO, A., *ob. cit.* 92.

³⁴ Artículo 1205 del Código civil: «La novación que consiste en sustituirse un nuevo deudor en el lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este pero no sin el consentimiento del acreedor». MERINO GUTIÉRREZ, A., (1995) Hipoteca y asunción de deuda, *Revista La Ley*, 1995-2, 785, menciona que el interés que tutela este artículo 1205 Código civil es el del acreedor, el interés que pueda tener o no en el cambio, y no se tutela la justicia o la injusticia de la situación ni el equilibrio económico entre el antiguo y el nuevo deudor.

³⁵ Recogida en MORETÓN SANZ, M.F., *ob. cit.* 438.

³⁶ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 94 y citando SSTs como la de 29 de diciembre de 1919 o la de 8 de junio de 1929, afirma que la realidad de este consentimiento del acreedor no puede deducirse sino de hechos que claramente lo revelen, 99, entiende que la reclamación de pago al comprador no es consentimiento liberatorio sino solo aceptación acumulativa. «La reclamación de deuda dirigida solo contra el asumente no implica consentimiento liberatorio del deudor antiguo sino como manifestación de voluntad de aceptar el nuevo asumente». (*Vid.* SSTs 1172/1992 de 23 de diciembre, 1133/1998 de 9 de diciembre, 1239/2003, de 22 de diciembre, 664/2014 de 19 de noviembre, 181/2008 de 6 de marzo, que cita otras como SSTs 28 de mayo de 1996, 31 de diciembre de 1998, 19 de diciembre de 2001, 2 de octubre de 1998). *Vid.* también STS 590/2015, de 5 de noviembre, la acción contra el deudor sustituto implica conocimiento pero no consentimiento del acreedor; no puede ser entendido ello como actos concluyentes que puedan hacer pensar que este consentimiento se ha prestado.

³⁷ STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., *ob. cit.*, 1103.

³⁸ *Vid.*, STORCH DE GRACIA Y ASENSIO, J.G., *ob. cit.*, 1107, recogiendo sentencias como la de SSTs 10 de junio de 1943, 20 de diciembre de 1956, 3 de mayo de 1958, 6 de marzo de 1973, 7 de junio de 1982 y 26 de noviembre de 1982. *Vid.* STS 556/2009 de 15 de julio, no necesita para la plena eficacia el consentimiento del acreedor que no cabe que sea de forma tácita o presuntiva, sino expresa y decidida, no siendo preciso que sea coincidente con el acto asuntivo, ya que puede ser posteriori.

³⁹ Artículo 514-11. 4.

⁴⁰ Artículo 514-11. De la asunción de deuda. 1. La asunción de deuda por un tercero puede producirse por acuerdo entre este y el acreedor, sin consentimiento ni conocimiento

del deudor. 2. Cuando el tercero se obliga frente al acreedor a cumplir una deuda ajena en todo o en parte sin que tenga lugar la liberación del deudor originario se aplican, en lo pertinente, las normas del contrato de fianza. 3. La asunción de deuda acordada entre el deudor y un tercero exige la aceptación expresa del acreedor. 4. Antes de la aceptación el deudor y el tercero pueden modificar o dejar sin efecto el acuerdo de asunción de deuda, salvo que siga vigente el plazo concedido al acreedor para manifestar su aceptación. 5. El acuerdo de asunción de deuda que no ha sido aceptado por el acreedor vincula al tercero con el deudor al pago de la deuda asumida, salvo que las partes pacten otra cosa. Alojado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

⁴¹ PUIG FERROL, L., *ob. cit.*, 346 y 347. «(...) un consentimiento extemporáneo por parte del acreedor no podrá determinar el nacimiento a la vida de derecho del contrato de asunción de deuda, a menos que preste su asentimiento a esta declaración extemporánea de voluntad los deudores o por lo menos el nuevo deudor que asume la deuda».

⁴² PUIG FERROL, L., *ob. cit.*, 340, citando STS de 6 de junio de 1991, afirma que una vez que el acreedor ratifica, el contrato despliega toda su eficacia y ya no es posible dejarlo sin efecto por voluntad unilateral de uno de los contratantes. *A sensu contrario* antes de la ratificación es posible realizar modificaciones. Así lo recoge expresamente el Derecho alemán, tal y como hemos visto en Parágrafo 415 y 414, citado por ÁLVAREZ JOVEN, A., *ob. cit.* 304.

⁴³ GÁLVEZ CRIADO, A., *ob. cit.* 94, citando sentencias del Tribunal Supremo afirma que el consentimiento del acreedor debe ser un consentimiento sin restricciones.

⁴⁴ En algunas de las sentencias que vamos a analizar a continuación podremos apreciar esta idea.

⁴⁵ RUBIO GARRIDO, T., (2002) *Fianza solidaria, solidaridad de deudores y cofianza en el Código civil y nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Granda, Comares, 217.

⁴⁶ Sobre este tema, *Vid.* posterior apartado «IV. Asunción de deuda liberatoria y asunción interna de deuda: eficacia e incumplimiento del asumente».

⁴⁷ CLEMENTE MEORO, M., (1992) *Resolución de contratos por incumplimiento*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 155.

⁴⁸ ÁLVAREZ VIGARAY, R., (2009) *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, Comares, 190, afirma que el artículo 1124 del Código civil no dice nada sobre si requiere o no culpa. Si se entiende que la liberación del acreedor por el incumplimiento es una consecuencia de la teoría de la causa en los contratos bilaterales, cabría estimar que la liberación tiene lugar, por tanto, aunque el incumplimiento no sea imputable por obedecer a un caso fortuito o fuerza mayor.

⁴⁹ CASTILLA BAREA, M., (2007) Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006, en *CCJC* septiembre/diciembre 2007, número 75, 1149, cita las SSTS 23 de octubre de 1990, 24 de febrero de 1993, 7 de febrero de 1994, 23 de febrero de 1994, 11 de noviembre de 2003.

⁵⁰ CASTILLA BAREA, M., Comentario a la STS de 11 de octubre de 2006, *ob. cit.*, 1139.

⁵¹ VAQUER ALOY, A., (2015) *La resolución del contrato*, en AA.VV., *El Derecho Común Europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Sánchez González, Bosch Capdevilla y Vaquer Aloy (dir.), Barcelona, Atelier, 624.

⁵² VAQUER ALOY, A., *ob. cit.* 629, cita las SSTS 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 20 de septiembre y 31 de octubre de 2006.

⁵³ VAQUER ALOY, A., *ob. cit.* 629.

⁵⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J., (2007) *La causa del contrato*, en *Aranzadi Civil*, Volumen III, 2649-2672, habla de la concepción objetivista y subjetivista de la causa. La objetiva está relacionada con la función económico-social del contrato, la subjetiva con el interés concreto de los contratantes, como motivo determinante para contratar. Afirma que el TS ha asumido esta función dualista de la causa. La función de la causa es la de servir de instrumento de control «la causa es el instrumento que nuestro derecho instituye para controlar esos fines, rechazando así aquellos que no son dignos de tutela jurídica», 2653. «El legislador ha preordenado determinados tipos contractuales, lo que supone institucionalizar como buenos los fines que los mismos pretenden (por ejemplo, en la compraventa, el intercambio de bienes

por dinero), sin embargo, la causa sí juega un rol importante en otras hipótesis, como los contratos atípicos y los motivos incorporados a la causa».

⁵⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., (1998) *La causa del contrato*, Bolonia, Real Colegio de España, 118 y sigs.

⁵⁶ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., *ob. cit.*, 134.

⁵⁷ CLEMENTE MEORO, M., *ob. cit.* 245, MONFORT FERRERO, M.J., (1999) *La restitución en la resolución por incumplimiento de los contratos traslativos de dominio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 91 y 98.

⁵⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., (1989) «resolución por incumplimiento e indemnización», en *ADC*, número 4, 1154, citando a DELGADO en *CCJC* (1986). 1153: «De la incardinación sistemática del artículo 1124, del (erróneo) tratamiento de condición resolutoria que el legislador ha querido darle, lo único que cabe deducir es lo que dispone el artículo 1123 in fine: que los interesados «deberán restituirse lo que hubieran percibido», aunque «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria (...)». Si se quiere llamar a esto «retroactividad» o «efecto retroactivo», para lo que ofrecía alguna base, aunque débil, la remisión del artículo 1123 III del párrafo segundo del artículo 1120, llámese así. Pero pretender seguir deduciendo que la resolución extingue plenamente el contrato o relación obligatoria de forma retroactiva, como si nunca hubiera existido, al punto de hacerla incompatible con las pretensiones indemnizatorias en la medida del interés contractual positivo, es en mi opinión, pura Jurisprudencia de conceptos».

⁵⁹ MONFORT FERRERO, M.J., *ob. cit.* 163.

⁶⁰ Díez-PICAZO, L., (2008) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Tomo II, *ob. cit.*, 871 y sigs.

⁶¹ MONFORT FERRERO, M.J., *ob. cit.* 226. ÁLVAREZ VIGARAY, R., *ob. cit.*, 275.

⁶² PANTALEÓN PRIETO, F., *ob. cit.*, 1154.

⁶³ MONFORT FERRERO, M.J., *ob. cit.* 125, citando la STS de 10 de febrero de 1970.

⁶⁴ VAQUER ALOY, A., *ob. cit.*, 635.

⁶⁵ Archivo ubicado en <http://www.derechocivil.net/esp/pdf/Propuesta%20Libros%20may%202016.pdf>

⁶⁶ VAQUER ALOY, A., *ob. cit.*, 643.

(Trabajo recibido el 14-2-2019 y aceptado para su publicación 1-4-2019)

Los criterios objetivos de integración del contrato: supuestos en los que se admiten y alcance de su función

The integration of the contract by means of objective criteria: cases in which they are admitted and the scope of their function

por

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho civil. Universidad de Deusto

RESUMEN: La integración del contrato es una categoría no bien definida en la doctrina ni en la práctica jurisprudencial. Desde un punto de vista legal, la integración a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, situado sistemáticamente en las disposiciones generales del contrato, no agota todos los supuestos en los que es necesario ampliar o modificar lo convenido por las partes, ya que es necesario dar una respuesta a aquellas cuestiones que no han sido previstas o contempladas de una manera expresa por aquellas en el ámbito de la interpretación del contrato. La delimitación de estas dos categorías (integración e interpretación) no está claramente establecida en nuestro ordenamiento, como lo evidencia el recurso —injustificado— que suele hacerse a los criterios objetivos que contempla el artículo 1258 del Código civil (fundamentalmente la buena fe) cuando se discute sobre la interpretación de los contratos. Se trata de delimitar estas nociones y precisar la interacción entre ellas, para concluir

que la utilización de este tipo de criterios solo es posible para delimitar el concreto alcance de las prestaciones que nacen de la reglamentación pactada (integración en sentido estricto) pero no para interpretar la voluntad expresa o tácitamente declarada.

ABSTRACT: The integration of the contract is a category not well defined by the legal scholars or the case law. From a legal point of view, the integration referred to in article 1258 CC, systematically located in the general provisions of the contract, does not exhaust all the cases in which it is necessary to expand or modify what was agreed by the parties. It is also necessary give an answer to those questions that have not been foreseen or contemplated in an express way by those in the scope of the interpretation of the contract. The delimitation of these two categories (integration and interpretation) is not clearly established in Spanish law, as evidenced by the fact that the parties intend to apply the objective criteria contemplated in article 1258 CC (fundamentally good faith) when it is discussed on the interpretation of contracts.

The aim of this paper is to delimit these notions and to specify the interaction between them, in order to conclude that the use of this type of criteria is only possible to delimit the concrete scope that arise from the agreed regulation (integration in the strict sense) but not to interpret the will which has been that has been expressly or tacitly declared.

PALABRAS CLAVE: Integración del contrato. Interpretación. Interpretación integradora. Criterios objetivos. Buena fe.

KEY WORDS: *Integration of the contract. Interpretation. Integrative interpretation. Objective criteria. Good faith.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO. CONCEPTO Y SUPUESTOS EN LOS QUE SE APLICA.—II. LA INTEGRACIÓN COMO ASPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. LA LLAMADA VOLUNTAD INTEGRADORA: 1. LA VOLUNTAD COMÚN COMO CRITERIO RECTOR DE ESTA OPERACIÓN. DIFICULTADES PARA SU RECONSTRUCCIÓN CONJETURAL. 2. ANÁLISIS DE POSIBLES CRITERIOS OBJETIVOS DE INTEGRACIÓN. 3. PARTICULAR REFERENCIA A LA BUENA FE, LOS USOS Y LA LEY.—III. LA INTEGRACIÓN COMO OPERACIÓN DETERMINANTE DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO EX ARTÍCULO 1258 CÓDIGO CIVIL: 1. DISTINCIÓN ENTRE CONTENIDO Y EFECTOS DEL CONTRATO. 2. DELIMITACIÓN RESPECTO DEL ARTÍCULO 1287 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL CASO DE LOS USOS. 3. ALCANCE DE LA INTEGRACIÓN A QUE SE REFIERE DICHO PRECEPTO.—IV. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

Es inevitable que a lo largo de la vida de la relación contractual surjan cuestiones para las que las partes contratantes no han previsto solución, bien intencionadamente, bien porque, como suele decirse, la realidad supera siempre cualquier previsión, por muy exhaustivo que hubiese sido el cuidado que se hubiese puesto en dejar resueltas todas las posibles dudas imaginables.

Por otra parte, la reglamentación del contrato no puede hacerse sino por medio del lenguaje y este no deja de ser un signo que de ninguna manera recoge, al menos en el mundo de las ciencias sociales, el pensamiento subyacente, el significado, o lo que las partes han tenido en su mente a la hora de expresarse. Y menos si tenemos en cuenta que esa voluntad ha de ser una voluntad de dos partes, mucho más difícil de precisar, por tanto, que una declaración unilateral; a las deficiencias que esta puede tener hay que añadir el inconveniente de proceder de dos mentes diferentes y, normalmente, con intereses contrapuestos.

En muchos casos, por tanto, es necesario dar respuesta a esas dudas o cuestiones no previstas en términos explícitos a la hora de contratar. En otras palabras, hay que interpretar e integrar el contrato.

De entre los aspectos que ofrece el estudio de esta operación, nos ocupamos aquí de los llamados «criterios objetivos de integración» del contrato, incluida la buena fe. La cuestión concreta que se aborda en este trabajo es determinar si la integración mediante criterios objetivos puede utilizarse para cubrir o colmar cualquier aspecto que no haya sido previsto por las partes; o si, por el contrario, la integración conforme a este tipo de criterios debe efectuarse dentro de los límites fijados por la autonomía privada *ex* artículo 1255 del Código civil, de tal modo que la única virtualidad reconocida a estos criterios sería la de su utilización como criterio de desarrollo o ampliación de dicha reglamentación.

A simple vista, atendiendo a la literalidad del citado artículo 1258 del Código civil, es innegable el papel integrador que debe reconocerse a este tipo de criterios (que expresamente menciona la buena fe, los usos y la ley). Sin embargo, como veremos, dicho precepto no autoriza para cubrir cualquier falta o ausencia de reglamentación sino, como resulta de su tenor literal, solo aquello que sea consecuencia —y por tanto desarrollo o ampliación— de lo «expresamente pactado», lo que inevitablemente nos sitúa dentro de los límites fijados por la autonomía de la voluntad de las partes que con carácter imperativo establece el artículo 1255 del Código civil.

La cuestión es, por tanto, si la utilización de criterios objetivos solo es admisible en el ámbito de aplicación del artículo 1258 del Código civil, lo que obviamente exige determinar de una manera precisa sus presupuestos y alcance, o también en otros casos en los que la voluntad de las partes no ha previsto de una manera explícita algún aspecto. Ello hace necesario delimitar conceptualmente la integración frente a la interpretación del contrato (en particular,

la llamada interpretación integradora), lo que no está resuelto con claridad en nuestro ordenamiento.

I. LA INTEGRACIÓN DEL CONTRATO: CONCEPTO Y ÁMBITOS EN LOS QUE SE APLICA

La integración del contrato, a diferencia de la interpretación, no está regulada como categoría autónoma en el Código civil español, más allá de preceptos concretos en los que encuentra apoyo positivo (arts. 1258 y 1287 CC). Por esta razón, entre los problemas más importantes que suscita se hallan, en primer término, el de delimitar conceptualmente esta figura.

En el terreno de los principios, cabe entender que mientras la interpretación pretende establecer el sentido de la reglamentación contractual acordada por las partes, la integración permitiría completar dicha reglamentación, en lo que no hubiera sido expresamente contemplado por aquellas. De manera muy expresiva, al establecer las diferencias entre ambas, dice LACRUZ BERDEJO que se hallan «dirigida la una a discernir las dificultades de expresión de la voluntad de los contratantes, y la otra a resolver las planteadas por la falta de voluntad...», en relación a un problema concreto¹. Sobre esta base, no solo se distingue conceptualmente entre ambas, sino que, aun reconociendo la evidente relación entre ellas, la integración se sitúa fuera de la esfera interpretativa, concretando sus efectos en la composición de la regulación contractual en los términos que resultan del artículo 1258 del Código civil².

No obstante, la doctrina mayoritaria no reconoce esta diferenciación y sitúa formalmente la integración en el ámbito de la interpretación del contrato. De forma muy expresiva, suele hablarse en este sentido de «interpretación integradora», figura de la que nos ocupamos más adelante, que un sector cualificado de la misma identifica con la que cabe llevar a cabo conforme a lo establecido en el artículo 1258 del Código civil³.

Ciertamente, aunque interpretación e integración sean operaciones diferenciadas no puede ignorarse que ambas forman parte de un mismo proceso de gran trascendencia en la conformación del negocio jurídico, que es el proceso interpretativo. Como explicaba el maestro DE CASTRO: «La declaración de voluntad es donde, en el negocio, se manifiesta auténticamente la autonomía privada; y el negocio será aquello que se deduzca de la interpretación». Según el autor citado, de dicho proceso formaría parte no solo la función declarativa que corresponde a la interpretación en sentido estricto, por la que se pretende «descubrir, traducir o explicar» lo querido con la declaración, sino también una «función complementaria», cuando lo declarado sea insuficiente para reglar debidamente la relación comercial y sea necesario llenar las lagunas⁴.

En efecto, en el terreno de los principios, debe partirse de la idea de que la interpretación en sentido amplio, como operación determinante del alcance y efectos del negocio, no solo tiene por objeto aclarar o resolver las dudas que plantea la declaración de voluntad de las partes sino también completar, cubrir o colmar sus posibles lagunas. Entenderlo de otro modo, esto es, que la interpretación solo permite resolver o aclarar el sentido de lo expresado, no sería operativo ni se ajustaría a la realidad, ya que el alcance del negocio, y por ende sus efectos, no solo dependen del sentido que deba atribuirse a lo declarado por las partes sino de todo lo que lo conforma, incluidos los aspectos que no han sido expresamente tratados por aquellas y, por tanto, no han sido incorporados al negocio. En este sentido se afirma que, aunque en rigor la operación que permite completar la declaración de voluntad colmando sus posibles lagunas no es interpretación, en un sentido amplio forma parte de ella⁵.

Ahora bien, pese a lo dicho, no puede olvidarse que el alcance de la interpretación de los contratos no puede fijarse atendiendo solo a criterios de lógica ni de operatividad sino estrictamente a criterios legales. Así, parece claro que, conforme a lo establecido en el Código civil, la interpretación no comprende la integración a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, en cuanto dicho precepto, que regula propiamente los efectos del contrato, se sitúa sistemáticamente fuera de las normas dedicadas a aquella. Atendiendo a esta regulación, cabría restringir o acotar el ámbito de la interpretación entendida de la manera amplia descrita más arriba, en el sentido de que aquella no comprenderá la posibilidad de ampliar el contrato sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil, sin prejuzgar en este momento cuál es la función y alcance de la integración a que se refiere este precepto. En este sentido, la STS de 21 de noviembre de 2017 distingue con claridad entre interpretación y la extensión del contrato a todas aquellas consecuencias que deriven naturalmente de lo pactado conforme al artículo 1258 del Código civil, aunque admite que dicho precepto pueda afectar en este último —y único— sentido a la interpretación del contrato en los términos que se han expuesto en el párrafo precedente⁶.

Con estas premisas tiene sentido hablar de «interpretación integradora» como operación orientada a dar una solución a aquellas cuestiones no tratadas de una manera expresa en el contrato, dejando fuera de este concepto a la integración a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, y a su vez diferenciada de la interpretación meramente aclaratoria, dirigida a aclarar o resolver las dudas que suscita lo expresamente declarado por las partes⁷. Ello nos lleva a distinguir entre la integración en el ámbito de la interpretación (que en este sentido puede calificarse como «interpretación integradora») y la que cabe efectuar en el ámbito del artículo 1258 del Código civil (que al hallarse desligada del proceso interpretativo cabría denominar «integración» en sentido propio o estricto). En una primera aproximación basta con apuntar que tanto la «interpretación integradora» como la integración a que se refiere el artículo 1258 del Código

civil presuponen incorporar al negocio aspectos que no han sido expresamente contemplados por las partes, tomando como base o a partir de la voluntad declarada por aquellas. Pero mientras la interpretación integradora, en cuanto forma parte del proceso de interpretación, supone deducir o inferir la regla aplicable de lo expresamente pactado en el contrato (aunque se cuestiona en este trabajo si también cabe utilizar criterios objetivos), la integración a que se refiere el artículo 1258 del Código civil supone completar, ampliando o desarrollando, conforme a los criterios establecidos en el mismo, el alcance de lo pactado.

El planteamiento que implica distinguir entre estos dos ámbitos no es en absoluto novedoso. Así, en la doctrina italiana, MESSINEO distingue entre interpretación integrativa e integración, en el sentido de que la primera es una modalidad de la interpretación mientras que la segunda se corresponde con la operación a que se refiere el artículo 1374 del Código civil italiano (equivalente al artículo 1258 CC)⁸. Con posterioridad RODOTTA ha explicado, de manera muy clarificadora, que la llamada interpretación integradora (o interpretación), a diferencia de la integración, permite hacer explícito lo que se halla implícito en el contrato o se ha expresado de manera inadecuada, de tal modo que se está ante una regla «no creada» sino «buscada». Sobre esta base, y desde una perspectiva más general, concluye que la línea distintiva entre la interpretación y la integración del contrato reside en que la primera no plantea un problema de fuentes de la regulación contractual, y de este modo no opera sobre el plano de la construcción de dicha regulación⁹.

Esta distinción ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia más reciente de la Sala Primera del TS al señalar los dos ámbitos diferenciados en los que actúa la integración del contrato. Así, se dice, que la integración del contrato «opera en un plano diferenciado y específico dentro del ámbito general de la interpretación del contrato», sin perjuicio del papel que también pueda jugar al margen de esta, en la conformación de la eficacia resultante del mismo *ex* artículo 1258 del Código civil; se pronuncian en este sentido las SSTs de 20 de julio de 2015 y 3 de junio de 2016. No obstante, aunque se da una respuesta acertada a los concretos supuestos enjuiciados, lo declarado por el tribunal no pasa de ser una mera declaración de principios, ya que no señala los criterios que permiten distinguir entre los dos ámbitos indicados ni cuáles son, en su caso, los medios aplicables para integrar el contrato en el ámbito de la interpretación, a falta de un precepto equivalente al artículo 1258 del Código civil.

Así, en la primera de las sentencias citadas, relativa a un contrato de *leasing* inmobiliario, la cuestión controvertida es determinar a quién debe repercutirse el alza significativa y sobrevenida de las cuotas de la comunidad de propietarios del inmueble, cuyo pago, según lo convenido inicialmente en el contrato, correspondía satisfacer al arrendatario financiero. En dicha sentencia se distingue *de facto* entre los dos ámbitos arriba señalados, ya que, como se razona en la misma, lo que se discute no es, como cuestión puramente interpretativa, a quien

corresponde el pago de las cuotas de la comunidad conforme a lo pactado en el contrato pues es claro que corresponde al arrendatario, sino si puede imputarse a este el alza de las mismas, lo que se sitúa por el tribunal en el plano de la integración *ex* artículo 1258 del Código civil¹⁰.

En la segunda, se cuestiona si en el contrato de obra que liga a las partes, debía considerarse incluida una cláusula de desistimiento sin indemnización. El TS, tras referirse a la necesidad de distinguir entre ambos aspectos, se limita a señalar que en el caso concreto procedía la integración contractual en el ámbito de la interpretación del contrato tal y como fue efectuada en la instancia sobre la base del artículo 1287 del Código civil, que permite completar el contenido pactado del contrato en virtud de los usos. Sin embargo, lo declarado por esta sentencia no es significativo, ya que el «uso» a que se refiere el contrato que es objeto de interpretación no es el del país, como exige el precepto citado, sino el uso constante de la cláusula discutida por las partes en todas sus relaciones contractuales (anteriores y posteriores). Por tanto, como termina diciendo esta sentencia, en verdad tal integración se hace «en base a un canon objetivo como es la voluntad acreditada y persistente de los interesados»¹¹.

II. LA INTEGRACIÓN COMO ASPECTO DE LA INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO. LA LLAMADA INTERPRETACIÓN INTEGRADORA

Según se ha explicado en el anterior apartado, la integración realizada en el ámbito de la interpretación del contrato tiene por objeto completar aquellos aspectos que no han sido tratados expresamente por las partes, dejando fuera la integración en sentido estricto a que se refiere el artículo 1258 del Código civil. La cuestión concreta que ahora interesa es si, como anticipábamos en el anterior apartado, dicha integración debe efectuarse deduciendo o infiriendo la solución, hasta donde ello sea posible, de la voluntad común de las partes; o si, atendiendo a determinados preceptos del Código civil y su aplicación por los tribunales, también cabe acudir a criterios objetivos de integración, que es la cuestión que trasciende a la discusión en torno a la admisión de la «interpretación integradora».

Como es sabido, la llamada «interpretación integradora» es una categoría introducida por la doctrina alemana para resolver el problema de las lagunas que plantea lo declarado por las partes, permitiendo que para colmar aquellas se acuda a criterios objetivos o normativos como las exigencias de la buena fe, usos del tráfico y normas de Derecho dispositivo¹² o, en su caso, la presunta voluntad hipotética «de un hombre razonable y prudente»¹³. Lo que sucede es que, en Derecho español, bajo esta denominación, la doctrina que se muestra favorable a su admisión alude a cosas muy distintas. Así, hay algunos autores que, inspirados en el desarrollo que tuvo esta figura en el Derecho alemán, consideran que

la interpretación integradora permitiría completar o corregir lo declarado por las partes mediante criterios de integración objetivos¹⁴. Frente a ello, también se ha hablado de una interpretación integradora como aquella que permite llenar el vacío de una declaración clara que presenta lagunas mediante la reconstrucción conjetural de dicha declaración, sea mediante la voluntad presunta o hipotética de las partes, que se correspondería con lo que hubieran convenido ambas partes si hubiesen reflexionado sobre el extremo en cuestión¹⁵, sea mediante la voluntad de un hombre razonable a partir de lo declarado por aquellas¹⁶. Sin olvidar que un sector cualificado de la doctrina sencillamente relaciona la interpretación integradora con lo establecido, sin nombrarlo, en el artículo 1258 del Código civil¹⁷.

Por lo que ahora interesa, sin entrar en consideraciones dogmáticas acerca de si la interpretación integradora, como figura autónoma, tiene o no sentido en Derecho español, se trata de averiguar si los criterios objetivos de integración son admisibles para completar la declaración de voluntad incompleta, tanto a la luz de lo que establece nuestro Código civil como la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

1. LA VOLUNTAD COMÚN COMO CRITERIO RECTOR DEL PROCESO INTERPRETATIVO. DIFICULTADES PARA SU RECONSTRUCCIÓN CONJETURAL

Al interrogarse sobre cuáles han de ser los concretos criterios que pudieran ser admisibles para colmar posibles lagunas en el proceso de interpretación de un contrato ha de tenerse en cuenta una reflexión previa. A saber, que cualquier criterio ajeno a la voluntad común de las partes supone, desde los postulados de la lógica, alterar o limitar lo querido por aquellas, lo que a su vez implica contravenir el principio que rige el proceso interpretativo, que es precisamente el de respetar dicha voluntad. De este modo, al tiempo que parece obligado reconocer cierto margen para la integración del contrato, ante la evidencia de que las partes no puedan o no quieran discernir sobre su entera reglamentación, también lo es asumir que esta operación debe realizarse con cautela, de tal modo que la utilización de criterios ajenos a su voluntad debe ser excepcional.

A este respecto, considero que el profesor LACRUZ BERDEJO plantea la cuestión en sus justos términos al entender que, no cuestionando la legitimidad de cubrir dichas lagunas deduciendo la solución no prevista expresamente «de las líneas generales establecidas por la voluntad de las partes», lo que no resulta tan concluyente es «construir una voluntad que falta forzando el significado de la existente»¹⁸. En consecuencia, el criterio orientativo en esta materia ha de ser que el contenido del contrato debe ser reconstruido, en cuanto ello sea posible, con los elementos que proporciona el mismo a través de la voluntad común manifestada por los contratantes, revelada por los criterios ordinarios de interpretación. Ante todo, esta voluntad ha de ser la común a ambas partes,

no la particular e individual de cada una de ellas, y tratarse de la voluntad que presidió la formación y celebración del contrato¹⁹.

Esta idea subyace a la STS de 29 de enero de 2015²⁰, al fijar las directrices generales del proceso interpretativo en sentido amplio (dentro del cual tiene cabida la integración), que reitera después, entre otras, la sentencia de 16 de abril de 2015²¹. Conforme a las sentencias citadas, dicho proceso está sujeto a reglas, entre las cuales averiguar la «voluntad real o efectivamente querida por las partes» se erige como principio rector, de forma que las demás reglas «confluyen a su alrededor bien complementándola, bien supliéndola, pero nunca limitándola o alterándola». Repárese en que se habla de la posibilidad de que mediante la integración la voluntad de las partes pueda ser complementada o suplir su falta, con el límite ya señalado de que no limite o altere aquella. Lo cual, aunque no se dice, de acuerdo con los postulados lógicos explicados más arriba, pasaría por integrar su contenido y efectos dentro de lo declarado como querido, expresa o implícitamente, por aquellas.

Otras sentencias parecen admitir, desde un punto de vista teórico, la integración del contrato mediante criterios objetivos en el ámbito de la interpretación del contrato, aunque lo cierto es que ninguna de ellas aplica estos criterios. Así, la STS de 20 de julio de 2015 declara formalmente que, en caso de lagunas o imprecisión del clausulado, aquella se traduce «en una mera complementación objetivada de la reglamentación acordada por las partes», aunque no precisa con qué criterios ni dentro de qué límites debe realizarse aquella, ya que en el supuesto enjuiciado no se está propiamente ante un problema de interpretación sino de integración *ex* artículo 1258 del Código civil²². Por su parte, la STS de 3 de junio de 2016 reitera esta doctrina, al considerar también formalmente los «usos» como un canon objetivo de integración para suplir la omisión o falta de clausulado del contrato conforme al artículo 1287 del Código civil; sin embargo, como ya se ha apuntado, en realidad no se refiere a los usos del país con arreglo al precepto citado sino a los usos y prácticas desarrolladas por las partes en el curso de sus relaciones, por lo que, en realidad, ha de entenderse integrado el contrato conforme a la voluntad común de los interesados²³.

Para cubrir posibles lagunas de la declaración contractual tampoco se puede intentar una reconstrucción conjetural de la misma, ya se trate de la voluntad hipotética o presunta de las partes ya de la «voluntad de un hombre razonable».

En el primer caso, como ha señalado la doctrina, se trataría de averiguar, no lo que las partes «probablemente quisieron», sino de manera más precisa lo que «habrían querido si se hubiesen ocupado de pensar o prever sobre la materia que dejaron en blanco». Sin embargo, este criterio de integración no es admisible debido a las dificultades para reconstruir a través del mismo la «voluntad común»: de una parte, la voluntad reconstruida será, por hipótesis, necesariamente distinta de la que las partes tuvieron al tiempo de la celebración del contrato (precisamente hay lagunas porque no quisieron o no pudieron con-

venir sobre un extremo concreto); y, de otra parte, a la hora de aventurar una reconstrucción conjetural de dicha voluntad hay que contar con que la llamada «voluntad común» en realidad no es tal sino que procede de mentes diferentes y responde a intereses particulares de las partes, con la consiguiente dificultad de llevar a cabo una reconstrucción de aquella²⁴.

Menos aún sería admisible tratar de reconstruir la declaración de voluntad como lo habría hecho un hombre razonable y prudente o, si se prefiere, lo que las partes, como personas honradas y razonables, presumiblemente hubieran previsto. Dicha integración implicaría prescindir de la voluntad de aquellas para colmar posibles lagunas, confiriendo a los tribunales la facultad de completar las mismas, atendiendo a un patrón o modelo *standard* de conducta que incumbiría fijar a aquellos, lo que supondría abandonar la senda de la autointegración del contrato, dando cabida a una verdadera «interpretación objetiva». Con razón se ha afirmado que «la figura del hombre honrado y razonable no tiene consistencia real y es un artificio para indicar los criterios según los cuales debe desenvolverse el trabajo de los tribunales... Hemos salido del ámbito de la autointegración para pasar a la integración del contrato por obra del juez con criterios humanos y por referencia a modelos de conducta coincidentes con las apreciaciones de la gente»²⁵.

Por lo que ahora interesa, a mi juicio, el recurso a este criterio de integración objetiva, que sin decirlo se corresponde con el concepto de buena fe objetiva, no estaría justificado para suplir las omisiones de la declaración negocial²⁶, que es una de las cuestiones a las que se pretendía dar respuesta en este trabajo. Su aplicación implicaría violentar uno de los principios rectores en la dogmática del negocio jurídico que es el principio de autonomía privada, cuya derogación exigiría una previsión específica, más allá de la genérica declaración del artículo 1 a favor de la consideración de los principios generales (incluido el de la buena fe) como fuente de Derecho de tercer grado, y de lo establecido en los artículos 7 y 1258 del Código civil, cuyo ámbito de aplicación, como se viene diciendo, no cubre el supuesto que nos ocupa.

2. ANÁLISIS DE POSIBLES CRITERIOS OBJETIVOS DE INTEGRACIÓN

Expuestas en el apartado anterior las limitaciones para reconstruir la voluntad común de las partes, interesa analizar ahora si alguno de los preceptos dedicados a la interpretación de los contratos permite colmar de manera objetiva posibles vacíos o falta de reglamentación; en particular, los artículos 1287 a 1289 del Código civil que, según algunos autores, permiten considerar fundada la categoría de la interpretación integradora²⁷. En todo caso, conviene insistir en que no cabría fundar en ellos una regla general favorable a la admisión de criterios objetivos de integración; se trataría más bien de excepciones a la regla general prohibitiva que de manifestaciones del principio favorable a su admisión.

A mi juicio, dejando a un lado el criterio de integración relativo a los usos recogido en el artículo 1287 del Código civil, que es objeto de un tratamiento específico, ni el artículo 1288 del Código civil que impide interpretar las cláusulas oscuras en términos que favorezcan al causante de la oscuridad, ni el artículo 1289 del Código civil que introduce criterios subsidiarios de interpretación para los casos en que fuera imposible resolver las dudas interpretativas conforme al resto de criterios legales, contemplan criterios objetivos de integración que resulten aplicables en supuestos de vacío o falta de voluntad común de las partes²⁸.

Más bien ambos preceptos se refieren a supuestos en los que la voluntad común existe, aunque esta suscite dudas o necesidad de aclaración. En lo que respecta al artículo 1288 del Código civil, la aplicación del criterio que el mismo contempla requiere tomar como punto de partida la voluntad común declarada de las partes, descartando, de entre las posibles, aquella interpretación que favorezca a quien introdujo la oscuridad y acoger la que favorezca a la otra parte²⁹. Así se desprende del tenor literal del artículo 1288 del Código civil al imponer la aplicación de esta regla únicamente para el supuesto de que el contrato contenga «cláusulas oscuras» y no para los supuestos de falta de reglamentación.

En términos análogos, el artículo 1289 del Código civil, aunque no lo dice expresamente, al remitirse a las reglas establecidas en los artículos precedentes, parece limitar su ámbito de aplicación al caso de que fuera imposible resolver las dudas que suscita lo declarado por las partes, y no al supuesto de ausencia o falta de reglamentación del contrato³⁰. Para este supuesto impone, dentro de las interpretaciones posibles, aquella que suponga menor transmisión de derechos e intereses o mayor reciprocidad de los mismos, si las dudas recaen sobre elementos accidentales del contrato y en función de que se trate de contratos a título gratuito u oneroso³¹.

En cualquier caso, aunque lo establecido en los artículos 1288 y 1289 del Código civil se entendiera de otro modo, ha de tenerse en cuenta que los posibles riesgos que implica la integración del contrato mediante criterios ajenos a la voluntad común de las partes en los supuestos mencionados no se darían, o se darían de manera muy edulcorada, dado el reducido margen de actuación que las reglas expuestas confieren al intérprete. A saber, elegir, de entre las soluciones posibles, la que no favorezca a quien introdujo la oscuridad en el caso del artículo 1288 del Código civil o la que suponga menor transmisión de derechos o intereses o mayor reciprocidad de los mismos, según los casos, en el supuesto a que se refiere el artículo 1289 del Código civil.

3. PARTICULAR REFERENCIA A LA BUENA FE, LOS USOS Y LA LEY

Descartada la posibilidad de fundar la utilización de criterios objetivos en determinados preceptos dedicados a la interpretación del contrato, restaría por

abordar la función que cabe atribuir en este sentido a la buena fe, a los usos y a la ley (en cualquier caso, fuera del ámbito de aplicación a que se refiere el artículo 1258 del Código civil del que nos ocupamos en el siguiente apartado).

a) Como es sabido, nuestro Código civil no contempla de manera genérica el principio de buena fe como criterio de interpretación del contrato, aunque el artículo 1288 del Código civil, al que anteriormente nos hemos referido, se considera por la doctrina aplicación concreta de dicho principio.

Inicialmente, dicha omisión pretendió justificarse sobre la base de que el recurso a la buena fe no es instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación, en sentido estricto), sino exclusivamente una manifestación del principio de responsabilidad negocial. En este sentido, explica el maestro DE CASTRO que, conforme a dicho principio, «obliga, como si fuera querido, lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe»³². Efectivamente, esta versión de la buena fe cubre aquellos supuestos en los que aquella permite corregir la voluntad real e imponer un significado distinto del querido por una de las partes, en cuanto así lo impone la autorresponsabilidad de lo manifestado y la correlativa confianza suscitada en la otra parte.

No obstante, en el momento presente, la buena fe no se agota en la formulación de este principio, sino que constituye un elemento objetivo de interpretación del contrato, que se utiliza, como el resto de los criterios legales, para fijar el sentido de la voluntad real. Así, la buena fe, además de la expresada idea de autorresponsabilidad, impone que el contrato haya de interpretarse entendiendo no solo que las partes, en el momento de contratar, quisieron expresarse de la forma en que lo harían personas correctas y honestas, sino también que el sentido que se le atribuya sea el más conforme con un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y con las consecuencias exigidas conforme a las normas éticas³³.

La reciente doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha resaltado el «papel básico» que juega la buena fe en materia de interpretación del contrato, en un plano diferenciado respecto de la integración y ejecución del mismo, de tal modo que «se ha reforzado su función como criterio decisivo» en esta materia; así lo declara, con carácter de *obiter dictum*, la STS de 29 de enero de 2015 que, como se ha dicho, establece las directrices generales del proceso interpretativo, citada por otras muchas posteriores³⁴. No obstante, llama la atención que otras sentencias, también relativamente recientes, no distinguen entre la buena fe como criterio de interpretación y como criterio de integración del contrato, situando aquella en el ámbito del artículo 1258 del Código civil³⁵.

b) En lo que respecta a los usos, el artículo el artículo 1287 del Código civil establece que deberán ser tenidos en cuenta «para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse».

Según la opinión más extendida, la utilización de los usos a que se refiere dicho precepto no solo permite aclarar cláusulas ambiguas, sino también considerar incluidas en el contrato otras que son de uso ordinario o habitual en los contratos de la misma clase³⁶. Sobre esta base se sostiene que los usos que menciona este precepto cumplen dos funciones distintas: una meramente interpretativa y otra suplementaria o complementaria³⁷, que en el sentido que venimos explicando cabría calificar como integradora en el ámbito de la interpretación del contrato, con independencia de la que les asigna el artículo 1258 del Código civil. En el sentido apuntado, la sentencia de 3 de junio de 2016 considera que el artículo 1287 del Código civil permite completar el contenido del contrato, vía integración, dentro del proceso general de la interpretación del contrato³⁸.

Por lo que ahora interesa, la utilización de los usos con finalidad de integración del contrato no puede decirse que sea algo ajeno a la voluntad común de las partes, sino que, según la mejor doctrina, se halla directamente relacionado con aquella, de modo tal que su aplicación quedaría excluida si se prueba que las partes no los conocían, o bien conociéndolos habrían querido excluirlos, aunque resulte más cuestionable que pueda apreciarse una voluntad tácita o presunta de las partes acerca de la inclusión de esta cláusula en el contrato. No obstante, esto último en ningún caso impediría relacionar lo establecido en dicho precepto con la búsqueda de la voluntad común pretendida por las partes que rige el proceso interpretativo³⁹.

Otra cuestión, que apenas ha sido abordada por la doctrina, es la de fijar los límites dentro de los que puede operar la integración conforme a los usos *ex* artículo 1287 del Código civil, frente a los que rigen la aplicación del artículo 1258 del Código civil, precepto del que nos ocupamos en el siguiente apartado.

Por lo que respecta al artículo 1287 del Código civil, entiendo que no existe ninguna limitación añadida para integrar el contenido del contrato por virtud de los usos con función integradora conforme a dicho precepto, más allá de la que intrínsecamente deriva de su definición, conforme a la que se exige que se trate de cláusulas o prácticas de uso habitual y reiterado en un determinado ámbito; razón esta por la que no podrá cubrirse mediante los usos la completa determinación de una prestación pero sí cualquier otro aspecto que complemente lo declarado por las partes, sin que tenga que ser necesariamente accesorio o de mera ejecución de lo pactado, requisitos que son únicamente exigibles para la integración prevista en el artículo 1258 del Código civil.

No obstante, una sentencia antigua del TS de 15 de octubre de 1965 confunde lo establecido en el artículo 1287 del Código civil con lo que prevé el artículo 1258 del Código civil, al señalar que la posibilidad de completar el contenido del contrato, por lo común, se refiere a «todo aquello que, por ser práctica observada, reiterada y admitida, se cree innecesario consignar, expresamente, en el texto contractual, tratándose, por lo común, de materia accesorio y de matiz meramente ejecutivo de lo pactado». Sobre esta base, en el supuesto resuelto

por dicha sentencia, se entiende que no cabe incluir en el ámbito del precepto el aspecto relativo a la duración del contrato, que «salvo que exista claramente un uso cuya existencia corresponde acreditar al contratante que lo invoque, es circunstancia muy calificada, a fijar por las partes». Ciertamente, la fijación del plazo, como principio general, no es uno de los aspectos llamados a ser integrados mediante los usos con arreglo al artículo 1287 del Código civil; pero no porque no sea un elemento accesorio o de mera ejecución, cosa que no es exigible para los usos con función integradora conforme a dicho precepto, sino porque será difícil, aunque posible, que exista una práctica reiterada que permita cubrir este elemento tan cualificado para los intereses personales de las partes. En cualquier caso, el valor de esta sentencia es relativo, ya que como se explica después, equipara de manera injustificada lo establecido en los artículos 1287 y 1258 del Código civil, lo que explicaría la aplicación indebida de los límites que resultan de este último precepto.

c) Finalmente, en lo que se refiere a la ley, criterio que menciona de manera expresa el artículo 1258 del Código civil, su aplicación no es propiamente un criterio de interpretación del contrato, sino que es una operación independiente del proceso interpretativo. La interpretación realizada conforme a los criterios legales dará paso a la calificación del negocio, mediante la determinación del tipo al que corresponde, y, en su caso, a la consiguiente aplicación de las normas imperativas o dispositivas propias de aquel si fuera necesario suplir o completar la declaración negocial. En este sentido cabe hablar de la ley, imperativa o dispositiva, como criterio objetivo de integración del contrato, de tal modo que el contenido del contrato será no solo aquel que resulte de la voluntad (expresa o tácita) de las partes sino también de cuanto se derive de la aplicación de aquella. A este respecto conviene resaltar que la integración no ha de considerarse función propia o exclusiva de la ley imperativa sino también de las normas dispositivas si bien en este caso su aplicación podrá ceder en beneficio de la voluntad contraria de las partes⁴⁰.

La STS de 19 de abril de 2016 se refiere a un supuesto de fijación legal, por norma imperativa, del plazo de duración del derecho que es objeto del contrato (un derecho de superficie). El Tribunal Supremo, tras distinguir entre el plano de la interpretación y el de los efectos, lo sitúa indebidamente en este último *ex* artículo 1258 del Código civil⁴¹.

En suma, del análisis hasta aquí efectuado cabe concluir que, en el ámbito de la interpretación, las cuestiones no previstas de una manera expresa en el contrato deberán encontrar una respuesta, hasta donde ello sea posible, atendiendo exclusivamente a la voluntad común de las partes, sin ninguna posibilidad de reconstruir la voluntad hipotética de aquellas ni acudir a otros criterios objetivos de interpretación, que es lo que esconde el recurso a la llamada voluntad hipotética de un hombre razonable. El único criterio —aparentemente— distinto de la voluntad o intención común de los contratantes que cumple una función

integradora en este ámbito es el de los usos conforme a lo establecido en el segundo inciso del artículo 1287 del Código civil, aunque, como se ha explicado, este criterio no es completamente ajeno a su voluntad, ya que no sería aplicable en caso de voluntad contraria o desconocimiento de los interesados.

III. LA INTEGRACIÓN COMO OPERACIÓN DETERMINANTE DE LOS EFECTOS DEL CONTRATO *EX* ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL

Al margen del papel limitado, casi nulo, que, según lo explicado en el anterior apartado, juegan los criterios objetivos para colmar posibles lagunas en el proceso de interpretación del contrato, es incuestionable la operatividad de dichos criterios en la integración que cabe llevar a efecto conforme al artículo 1258 del Código civil, al referirse de una manera explícita a la buena fe, además de los usos y la ley. La cuestión no reside, por tanto, en fijar los criterios para llevar a cabo la integración establecida en dicho precepto, en cuanto aquellos vienen establecidos legalmente, sino en delimitar en qué casos opera dicha integración estableciendo las diferencias con aquella que tiene lugar en el marco del proceso de interpretación.

1. DISTINCIÓN ENTRE CONTENIDO Y EFECTOS DEL CONTRATO

El planteamiento que implica distinguir entre el contenido y los efectos del contrato al objeto de dar respuesta a esta cuestión no es nuevo en la doctrina. Así, en la doctrina italiana, que como se ha dicho ha estudiado con más profundidad los diferentes planos en que actúa la integración, se señala que la diferencia entre interpretación supletoria o constructiva (la llamada interpretación integradora) y lo que se denomina integración propia o verdadera, reside en que la primera hace referencia al contenido del contrato y la segunda a los efectos que debe producir aquel⁴². También en Derecho español se ha intentado distinguir a los efectos que nos ocupan entre el contenido y los efectos del contrato, aunque esta distinción ha sido objeto de crítica y rechazada por un sector de la doctrina⁴³. En la línea de la distinción apuntada, un sector cualificado de la misma sitúa, desde un punto de vista sistemático, el artículo 1258 del Código civil en el ámbito de la eficacia del contrato⁴⁴.

En línea de principio, es claro que el contenido del contrato (los pactos o cláusulas que lo integran) es algo distinto de sus efectos (lo que este crea o genera). Partiendo de esta diferenciación, el artículo 1258 del Código civil, dedicado en su parte primera a establecer la regla de la perfección consensual y eficacia inmediata del contrato, viene a decir, en su parte segunda, que los efectos anudados a su perfección no son solo los que derivan de lo expresa-

mente pactado sino todo aquello que sea consecuencia del mismo conforme a los criterios que el mismo contempla. Como se explica con más detalle al fijar su concreto alcance, los efectos que derivan del contrato no son únicamente los que sean mero reflejo o proyección de lo expresamente pactado sino también los que resultan de la buena fe, los usos y la ley.

Sin embargo, en la práctica la distinción se torna poco operativa habida cuenta la amplitud con la que ha sido definido el «contenido» del contrato. Así, aunque han existido opiniones diversas, finalmente, a la hora de definir este, se le ha atribuido un significado amplio que comprende su «reglamentación total», incluyendo lo que, en rigor, constituyen efectos del mismo. En efecto, siguiendo las explicaciones del profesor DÍEZ-PICAZO, el «contenido» del contrato consistiría en una o varias reglas de conducta que constituyen su reglamentación, lo que supone reconocer su carácter reglamentario o preceptivo, que se concreta, en principio, en los pactos, cláusulas y condiciones del contrato, mientras que los poderes y los deberes jurídicos son «efectos» del mismo. Lo que sucede, como señala este mismo autor, es que la total reglamentación del contrato —y por ende su contenido— no solo se integra por estas reglas de conducta derivadas de la autonomía privada, sino por aquellas que resultan de la buena fe, los usos y la ley conforme al artículo 1258 del Código civil⁴⁵.

Atendiendo a este último aspecto, un amplio sector de la doctrina, al ocuparse de la integración *ex* artículo 1258 del Código civil, pone el énfasis en la ampliación de la reglamentación contractual que indirectamente dicho precepto supone, y no en la ampliación de sus efectos, lo que conduce a considerarlo situado en el ámbito de la reglamentación o regulación del contrato⁴⁶. En cualquier caso, ello no permite concluir que el artículo 1258 del Código civil sea un precepto pensado para cubrir cualquier laguna o vacío que presente dicha reglamentación sino únicamente aquellas que puedan cubrirse mediante la integración a que se refiere dicho precepto⁴⁷ cuya función y alcance se define en el siguiente apartado.

Un buen exponente del carácter restrictivo con el que debe entenderse la integración a que se refiere el artículo 1258 del Código civil lo constituye la STS de 30 de abril de 1994⁴⁸ (aunque se refiere a los usos, es extrapolable a la buena fe): tras señalar que el artículo 1258 contempla «tres criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual, distintos de los derivados de la autonomía privada» a renglón seguido realiza una exégesis muy precisa de dicho precepto, estableciendo de manera expresa las diferencias que existen con la integración en el ámbito de la interpretación del contrato. Lo que sucede es que hay otras muchas sentencias en las que solo se resalta el primero de los aspectos señalados sin ninguna matización ni aclaración, lo que puede dar lugar a cierta confusión al respecto.

En suma, aun siendo posible —y obligado— distinguir entre el contenido y los efectos del contrato, no existe una total separación o absoluta desconexión

entre ambos. Así, cuando la integración establecida en el artículo 1258 del Código civil se sitúa en el ámbito de la eficacia del contrato, no pretende afirmarse que no tenga repercusión en la reglamentación del contrato, que la tiene, por cuanto al ampliarse los efectos del mismo también se amplía indirectamente su total reglamentación. Sin embargo, ello no permite hacer tabla rasa de la distinción y utilizar los criterios previstos en el artículo 1258 del Código civil para colmar cualquier vacío de la reglamentación contractual.

2. DELIMITACIÓN RESPECTO DEL ARTÍCULO 1287 DEL CÓDIGO CIVIL EN EL CASO DE LOS USOS

Finalmente, conviene reseñar que la discusión producida en el ámbito de la integración en general se ha trasladado al supuesto específico de los usos, a los que se refiere tanto el artículo 1287 del Código civil en sede de interpretación del contrato como el repetido artículo 1258 del Código civil.

En este caso se ha tratado de discernir si el uso normativo a que se refieren estos preceptos es el mismo y si cabe considerar ambos como una aplicación concreta para las relaciones contractuales del uso normativo o costumbre *ex* artículo 3 del Código civil. A este respecto, alguna sentencia antigua, como la de 15 de octubre de 1965 anteriormente citada, parece equiparar ambos al declarar que el artículo 1287 del Código civil «es verdaderamente afín al establecido en el artículo 1258, por lo que bien mirado, el artículo 1287 es una norma que más a la exégesis del contrato tiende a completar el mismo extendiéndolo a todo aquello que, por ser práctica observada, reiterada y admitida, se cree innecesario consignar, expresamente, en el texto contractual, tratándose, por lo común, de materia accesoria y de matiz meramente ejecutivo de lo pactado...». En este sentido, un sector cualificado de la doctrina equipara de manera explícita ambos preceptos⁴⁹.

Ciertamente, la relación entre estos preceptos es incuestionable, en cuanto ambos, como ya se ha dicho, cumplen una función integradora. Ahora bien, aparte de que los términos en que se expresa esta sentencia (al hablar de mera «afinidad») no justifican una equiparación absoluta, si se aplican a este concreto criterio de integración las diferencias expuestas en el apartado anterior, la conclusión es que la función integradora que corresponde a los usos en cada uno de los preceptos señalados no es exactamente la misma: mientras en el ámbito del artículo 1287 del Código civil, permitiría colmar vacíos o la omisión de cláusulas que conforman su contenido, en el del artículo 1258 del Código civil, tomando como base lo expresamente pactado por las partes, permitiría ampliar sus efectos.

Esta distinción ha encontrado refrendo en sentencias posteriores del Tribunal Supremo. Así, la STS de 30 de abril de 1994 considera que no es correcta la correlación entre los artículos 1287 y 1258 del Código civil, ya que mientras

el artículo 1258 del Código civil tiene por objeto establecer el alcance de las prestaciones a que vienen obligados los contratantes y la forma y modalidades de su cumplimiento, el artículo 1287 del Código civil tiene una función de integración interpretativa. El supuesto a que se refiere dicha sentencia trae causa de un contrato de obra en el que se había omitido la fijación de un plazo de duración de los trabajos y la fecha de su conclusión. Los recurrentes en casación alegan inaplicación del artículo 1287, en cuanto establece la función integradora de los usos, en relación con los artículos 1258 y 7.1 del Código civil. Por lo que ahora interesa, el TS argumenta que no es correcta la correlación que se establece en el motivo entre los artículos 1287, 1258 y 7.1 del Código civil. Tras fijar en términos muy precisos el alcance del artículo 1258 del Código civil, concluye que dicho precepto no permitiría suplir la omisión del plazo para la ejecución del contrato, al tiempo que el artículo 1287 del Código civil alude únicamente «al uso o la costumbre del país», no a la buena fe ni a la ley, que no juegan ningún papel para suplir posibles omisiones. En el concreto caso enjuiciado considera que no cabría considerar como «uso o costumbre del país» la omisión del plazo denunciada por los recurrentes por tratarse de una estipulación aplicable a toda clase de contratos y en todo el territorio nacional que puede ser suplida por los Tribunales conforme a lo dispuesto en el artículo 1128 del Código civil.

En la jurisprudencia más reciente, la STS de 3 de junio de 2016 anteriormente citada, tras distinguir entre el papel que juega la integración para completar el contenido contractual en el ámbito de la interpretación y en la conformación de la eficacia resultante del mismo *ex* artículo 1258 del Código civil, sitúa el artículo 1287 en el ámbito del proceso interpretativo⁵⁰.

3. ALCANCE DE LA INTEGRACIÓN A QUE SE REFIERE DICHO PRECEPTO

Como se ha explicado en el apartado anterior, el artículo 1258 del Código civil actúa propiamente en el ámbito de la eficacia del contrato, de tal modo que, tomando como base la reglamentación pactada por las partes, permite ampliar de manera inmediata los efectos derivados de dicha reglamentación. El razonamiento que conduce a esta conclusión encuentra su fundamento en la propia literalidad del precepto; así, tomando como base «lo expresamente pactado» amplía su acción a «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». De este modo, se consideran exigibles no solo aquellas «consecuencias» —efectos— que sean mera proyección o reflejo de lo convenido por las partes, sino todas las que deriven de dicha convención con arreglo a los criterios legales señalados, teniendo en cuenta las circunstancias que imponga la específica naturaleza del contrato. Esta es, a mi juicio, la interpretación genuina del precepto, que ya ofrecían los

primeros comentaristas del Código, atendiendo a los concretos términos en los que se expresa el mismo⁵¹.

Se alcanza, así, la conclusión de que el contratante se obliga no solo a lo expresamente convenido sino «a todo lo consustancial con ella, proveniente de cualquiera de los tres conceptos contenidos en el artículo, como si expresamente se hubiera convenido sobre ellos». Conclusión que, de manera muy expresiva, se ha tratado de explicar estableciendo un paralelismo con la accesión: «lo pactado —se dice— es propiamente el área del contrato, la cual, por accesión, se extiende y amplía»⁵². La idea de que el artículo 1258 tiene como fin ampliar o completar, mediante la exigencia de deberes complementarios, la prestación que es objeto del contrato, y no crear nuevos deberes, a falta de pacto, queda, por tanto, claramente, expresada por la doctrina más antigua⁵³. Lo que sucede es que después esta interpretación ha sido desvirtuada por otras posteriores, al reconducir lo establecido en dicho precepto, sin ningún matiz ni delimitar su función ni alcance, al terreno de las fuentes de la reglamentación contractual.

La interpretación originaria del precepto ha encontrado su correspondiente reflejo en la jurisprudencia del TS, aunque, en general, salvo excepciones aisladas, no se ha extraído de ello las consecuencias oportunas a la hora de establecer unas pautas claras para la interpretación de este precepto. Entre las que sí lo han hecho, la repetida STS de 30 de abril de 1994, refiriéndose a los usos declara que, a diferencia del artículo 1287 del Código civil en su función de integración interpretativa, los tres criterios o fuentes de integración de la reglamentación contractual a que se refiere el artículo 1258 del Código civil «van dirigidos a establecer el alcance de las prestaciones a que vienen obligados los contratantes y de la forma y modalidades de su cumplimiento así como a establecer determinados deberes accesorios del deber principal»⁵⁴.

También de manera muy clarificadora, la STS de 17 de enero de 1986 señala que del texto del artículo 1258 del Código civil resulta que, en todo contrato «se da o prevé un núcleo propio, que es el contenido en sus cláusulas explícitas o bien en las implícitas, que aparecen o se manifiestan en el desarrollo del mismo. Y hay también otras vinculaciones, que son las consecuencias naturales derivadas de aquellas, en cierto modo complementos necesarios o útiles para la total realización del convenio, para que tenga realidad plena la traducción o paso de lo en él previsto a la realidad (consumación del contrato)...». No obstante, tal pronunciamiento tiene un valor relativo ya que, como advierte el TS, en el supuesto enjuiciado lo que se pide y resuelve por el tribunal no es derivación o subsecuencia natural de lo pactado sino que «afecta al propio núcleo obligacional» de dicho pacto en conexión con lo dispuesto en la ley para el supuesto de incumplimiento⁵⁵.

Por último, la STS de 26 de octubre de 1995, refiriéndose a la buena fe, habla directamente de que lo pactado obliga «no solo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales; así quien contrata o

emite un consentimiento cual (sic) el promitente u oferente queda obligado, por un principio de normalidad instaurado en el artículo 1258 del Código civil, a todas las consecuencias que, según la manifestación de voluntad y su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»⁵⁶; doctrina que reiteran otras sentencias posteriores, como la STS de 13 de abril de 2004. Otras sentencias, al concretar el instituto de la buena fe en el campo contractual, de manera más sintética, se limitan a señalar que aquella «integra el contenido del negocio en el sentido de que las partes quedan obligadas no solo a lo que se expresa de modo literal, sino también a sus derivaciones naturales...» (*vid.*, entre otras STS de 12 de julio de 2002⁵⁷ en la que se recoge la doctrina jurisprudencial en torno al artículo 1258 del Código civil, citada por otras posteriores).

Finalmente, debe advertirse que la aplicación de los criterios a que se refiere dicho precepto tiene carácter plenamente imperativo, de tal manera que cuando concurren los presupuestos para su aplicación las partes no podrán sustraerse a lo dispuesto en el mismo sobre el modo de suplirlas⁵⁸. Tomando como base la redacción de dicho precepto (al hablar de «todas las consecuencias» que deriven de lo expresamente pactado), no hay ninguna razón para entender su aplicación con carácter restrictivo, siempre que se ajuste estrictamente a los criterios legales (buena fe, usos y la ley)⁵⁹. Ahora bien, dicho carácter no puede deducirse de lo establecido en el artículo 1283 del Código civil, que prohíbe considerar comprendidos «cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre que los interesados se propusieron contratar»⁶⁰, toda vez que el artículo 1258 del Código civil se sitúa fuera del ámbito de la interpretación; se pronuncia en este último sentido la STS de 19 de abril de 2016⁶¹.

Hasta aquí el sentido que resulta de la interpretación originaria del precepto, confirmada después por la Sala Primera del Tribunal Supremo, aunque, como se decía, las sentencias en las que se recoge aquella no hayan servido para establecer unas pautas claras de interpretación del artículo 1258 del Código civil. Ahora bien, para definir de manera completa el alcance de la integración a que se refiere dicho precepto conviene advertir que, según el TS, lo dispuesto en el mismo no solo permite extender o ampliar el alcance de lo pactado, en la forma explicada más arriba, sino que su ámbito de acción es más amplio. Así, sin entrar ahora en un desarrollo exhaustivo de los diferentes supuestos en los que la jurisprudencia ha utilizado el artículo 1258 del Código civil, que desbordaría el objeto y la extensión de este trabajo, debe aclararse que el criterio de buena fe que el mismo contempla impone ciertos deberes añadidos que no siempre suponen ampliar el alcance de lo convenido, sino que en otros casos permiten mantener su base económica o, en su caso, modificar o excluir algún aspecto de lo acordado.

De una parte, según tiene declarado el Tribunal Supremo, se entiende derivado de la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil, el deber de respetar el equilibrio o la equivalencia de las prestaciones del contrato. La idea del ajuste o equivalencia de prestaciones se utiliza como argumento para

impedir que el acreedor reclame más y el deudor pague menos de lo que legal o convencionalmente les corresponda, a riesgo de alterar el meritado equilibrio. No se trata, por tanto, de ampliar o extender lo convenido en el contrato, sino de impedir que pueda ampliarse o reducirse aquello a que las partes vienen obligadas.

Es un buen exponente de esta doctrina, la STS de 17 de enero de 1986 anteriormente citada, en la que el criterio de la buena fe se utiliza, de un lado, para exigir al deudor todas aquellas consecuencias económicas necesarias para el cumplimiento íntegro de lo pactado que tengan su fundamento en el incumplimiento culpable del deudor (en el caso a que se refiere esta sentencia se pide el cumplimiento correcto de una obra a raíz del defectuosamente realizado por los contratistas); y de otro, para impedir al demandado que pueda escudarse en la buena fe para no cumplir con todo aquello a que venía legalmente obligado⁶². La idea de mantener el equilibrio de las prestaciones subyace a la STS de 20 de julio de 2015 también citada en este trabajo ⁶³. Dicha sentencia, recuérdese, relativa a un contrato de *leasing* inmobiliario en relación al cual se discute a quien debe repercutirse el alza sobrevenida de las cuotas de una comunidad de propietarios, concluye que la buena fe, en el sentido que se viene explicando impide «una modificación sustancial de la base económica —del contrato— tomada por referencia para la perfección del contrato y su posterior ejecución o desarrollo», sobre la base de que la cuantía de las cuotas formó parte del acuerdo alcanzado.

Este razonamiento es acogido por otras sentencias, como la STS de 13 de febrero de 2002, en la que se condena al dueño de una obra a satisfacer todos los daños derivados de su paralización decidida de manera unilateral por aquel, sobre la base de que sería contrario a la buena fe hacer recaer estos gastos sobre quien sufre las consecuencias de tal paralización que es el contratista; ello supondría un empobrecimiento del contratista con un correlativo empobrecimiento del comitente no amparado por dicho principio. Más recientemente, la STS de 26 de abril de 2018 considera que la buena fe a que expresamente se remite el artículo 1258 del Código civil impide que en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación «el deudor quede absolutamente liberado sin coste alguno cuando ya había ingresado en su patrimonio alguna contraprestación de la parte contraria», de tal modo que le incumbe devolver las prestaciones que con anterioridad hubiese recibido⁶⁴.

De otra parte, en los últimos años el Tribunal Supremo ha ampliado el ámbito de acción de la buena fe prevista en el artículo 1258 del Código civil al estimar que aquella permite modificar o excluir algún aspecto de ciertos contratos que, reuniendo determinados requisitos, contengan cláusulas sorpresivas. Como es sabido, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina con ocasión del llamado control de transparencia material de las cláusulas suelo en la contratación con condiciones generales entre empresarios, por considerar que son contrarias a la buena fe a que se refiere dicho precepto en cuanto «modifican

subrepticamente el contenido que el adherente había podido representarse como pactado conforme a la propia naturaleza y funcionalidad del contrato»; se considera en este sentido «que puede resultar contrario a la buena fe intentar sacar ventaja de la predisposición, imposición y falta de negociación de cláusulas que perjudican al adherente»; así lo declara, por todas, la sentencia del Pleno de la Sala Primera de 3 de junio de 2016 (que contienen un extenso voto particular en sentido contrario del magistrado ORDUÑA MORENO), seguida por otras posteriores.

Por lo que ahora interesa, sin ánimo de extendernos en el análisis de esta cuestión, que sería merecedora de un estudio más amplio, mediante la aplicación de esta doctrina se estaría haciendo aplicación de la llamada regla de los «pactos sorprendentes» (que la propia sentencia menciona), por las que se niega validez, por resultar contrarias a la buena fe, a aquellas cláusulas que resulten tan insólitas de acuerdo con la naturaleza y circunstancias concretas de la celebración del contrato, incluida la fase precontractual, que el adherente no hubiera podido contar de manera razonable con su existencia⁶⁵.

Según la sentencia anteriormente citada, la sanción que corresponde a las cláusulas sorprendentes en el concreto supuesto enjuiciado es la de su nulidad; sanción que podría estar justificada en el caso concreto a que se refiere esta —y otras— sentencias relativas a la aplicación de las cláusulas suelo, ya que para garantizar que prevalezca el contenido que creía haber consentido el adherente y no el que resulte de la cláusula suelo, estaría justificada la expulsión de dicha cláusula del contrato. Sin embargo, sin entrar a valorar en este momento si lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil ampara la aplicación de la regla anteriormente señalada ni en su caso cuáles serían las condiciones para su aplicación⁶⁶, sí se puede anticipar que la sanción de nulidad no puede generalizarse ni aplicarse de manera automática a cualquier cláusula sorprendente, sino que, en rigor, la sanción debiera ser aquella que garantice que, ante tal diversidad de contenidos (a saber, el que legítimamente pudo representarse el adherente y el que efectivamente resulta de la cláusula incorporada en el contrato), prevalezca el primero⁶⁷.

Es cuestionable, como decíamos, aunque excede de los límites de este trabajo, si la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil puede servir de base para la formulación de la doctrina de los pactos o cláusulas sorprendentes en los términos expuestos; asimismo para agotar las cuestiones que suscita lo establecido en este precepto, se debería resolver cuál ha de ser la sanción aplicable a supuestos distintos de los enjuiciados hasta el momento por la Sala Primera del Tribunal Supremo y si lo establecido en el mismo es extensible a cualquier tipo de contrato, aunque no contenga condiciones generales, aunque nos inclinamos por entenderlo así siempre que la redacción del contrato haya quedado en manos de una de las partes y contenga cláusulas sorprendentes. En cualquier caso, y por lo que ahora interesa, basta por concluir que la interpretación jurisprudencial del artículo 1258 del Código civil amplía el ámbito

originario de acción del artículo 1258 del Código civil, al permitir modificar o corregir, dentro de los límites señalados, lo convenido por las partes.

IV. CONCLUSIONES

I. La necesidad de «integrar» en sentido amplio el contrato surge siempre que se trata de incorporar al contrato aspectos que no han sido expresamente contemplados por las partes. Sin embargo, en algunos casos hay sencillamente que deducir o inferir la regla aplicable de lo expresamente pactado en el contrato *ex* artículo 1255, lo que nos sitúa de plano en el ámbito de la interpretación del contrato (o interpretación integradora), mientras que en otros hay que completar, ampliando, dicha voluntad o, en su caso, modificar o excluir aquella (integración propiamente dicha) que es aquella a la que se refiere el artículo 1258 del Código civil, y que por definición deberá hacerse con criterios objetivos.

II. La utilización de criterios objetivos no es admisible para cubrir cualquier vacío de la reglamentación contractual; este tipo de criterios solo se admiten en Derecho español para delimitar el concreto alcance de las prestaciones que nacen de la reglamentación pactada conforme al artículo 1258 del Código civil interpretado en estrecha relación con el artículo 1255 del Código civil. Lo dispuesto en dicho precepto, cuyo sentido y alcance se comprende mejor desde la perspectiva de la eficacia del contrato, no solo permite exigir aquello que sea consecuencia o mera proyección de lo convenido por las partes, sino que, tomando como base «lo expresamente pactado», amplía su acción a todas las consecuencias que, según su naturaleza, «sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Tal ampliación permite añadir aspectos no contemplados por las partes o, en su caso, en función de lo que resulte de la aplicación de estos criterios, modificar o eliminar otros queridos por aquellas, siempre, cabe insistir, a partir de la voluntad común expresada en el contrato.

III. Desde un punto de vista práctico, ello supone que los criterios de integración previstos en el citado artículo 1258 del Código civil no permiten añadir nuevas prestaciones sino únicamente determinar el alcance, así como la forma y modalidades de cumplimiento de las convenidas por las partes. Las prestaciones del contrato solo se podrán inferir o deducir, en cuanto ello resulte posible, a partir de la voluntad común expresada en el contrato a través de su interpretación, lo cual deberá hacerse respetando escrupulosamente lo querido por las partes. A este respecto es rechazable cualquiera interpretación que suponga forzar dicha voluntad mediante una «reconstrucción conjetural» de aquella; ya sea a partir de la voluntad hipotética o presunta de las partes, entendiéndose por tal lo que estas hubieran previsto si se hubieran ocupado de prever el aspecto omitido, ya sea a través de la llamada «voluntad de un hombre razonable», que

no es sino un mero artificio detrás del cual se esconde un criterio desligado de la voluntad contractual.

IV. En suma, la labor de integración entendida en el sentido amplio a que nos hemos referido no puede desligarse del tradicional modo de entender el contrato como acuerdo de voluntades de las partes que consagra nuestro artículo 1255 del Código civil, de tal modo que aquella solo puede utilizarse si la voluntad existe, pero es insuficiente o susceptible de ser corregida o eliminada en algún aspecto (integración en sentido estricto) o se halla implícita o subyacente en lo expresamente convenido. En ambos casos se hará tomando como base la voluntad de las partes expresada en el contrato, sin perjuicio de poder acudir a criterios objetivos para ampliar y, en su caso, según la Sala Primera del Tribunal Supremo, modificar o corregir su alcance conforme a lo que preceptúa el artículo 1258 del Código civil.

INDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 15 de octubre de 1965
- STS de 17 de enero de 1986
- STS de 3 de diciembre de 1991
- STS de 30 de abril de 1994
- STS de 26 de octubre de 1995
- STS de 13 de febrero de 2002
- STS de 12 de julio de 2002
- STS de 13 de abril de 2004
- STS de 15 de julio de 2013
- STS de 29 de enero de 2015
- STS de 16 de abril de 2015
- STS de 20 de julio de 2015
- STS de 19 de abril de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
- STS de 3 de junio de 2016
(Pleno Sala Primera)

- STS de 21 de noviembre de 2017
- STS de 14 de febrero de 2018
- STS de 26 de abril de 2018

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M. (1958). *El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch.

- (1996). *Derecho civil*, I-2º, 14ª ed. Barcelona: Bosch.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Cívitas.
- ALMAGRO NOSETE, J. (2006). Comentario al artículo 1258 del Código civil. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo VI, 2ª ed. Barcelona: Bosch (515-520).
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.
- CARRASCO PERERA, A. (2010). *Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978). *Derecho civil español común y foral*, III. 12ª. ed. revisada y puesta al día por G. García Cantero. Madrid: Reus.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1996). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.ª ed. Madrid: Cívitas.
- DÍEZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2013). Comentario al artículo 1258 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi (1705-1708).
- GARCÍA AMIGO, M. (1983). Integración del negocio jurídico. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 23, 77-106.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1977). *Elementos de Derecho civil*, II-2º. Barcelona: Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980). Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la sentencia del T.S. de 27 de enero de 1977). *Revista de Derecho Privado*, tomo LXIV, 50-78.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M.^a (1967). *Comentarios al Código civil español*, tomo VIII-vol. 2º, 6ª ed., revisada por Moreno Mocholí, M. Madrid: Reus.
- MESSINEO, F. (1961). Contratto (dir. priv.). En: *Enciclopedia del diritto*, tomo IX. Milán: Giuffrè (935-976).
- SCAEVOLA, Q. M. (1958): *Código civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, tomo XX, 2ª ed. revisada por Marín Pérez, P. Madrid: Reus.
- PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 1-26.
- PUIG BRUTAU, J. (1988). *Fundamentos de Derecho civil*, I, 4ª ed. Barcelona: Bosch.
- RODOTTA, S. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Milán: A. Giuffrè.
- SANTOS BRIZ, J. (1996). *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*. Madrid: Montecorvo.
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1987). La interpretación integradora del contrato en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 2, 495-524.

NOTAS

¹ Vid., LACRUZ BERDEJO, J.L. (1977). *Elementos de Derecho civil*, II-2º. Barcelona: Bosch (230).

² El exponente más representativo de esta postura es LACRUZ BERDEJO, quien, tras afirmar que no hay una frontera rígida entre interpretación e integración, sostiene que existe una clara distinción entre ambas (1969, 228-229). En el mismo sentido se pronuncia LASARTE ÁLVAREZ, C. (1980) quien se muestra particularmente crítico con la opinión que adscribe la integración del contrato, y en particular el artículo 1258 del Código civil, a la esfera interpretativa (Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (En torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977). *Revista de Derecho Privado*, núm. LXIV, 66-67).

³ En este sentido, CASTÁN TOBEÑAS, J. (1978) habla de interpretación propiamente dicha e «interpretación integrativa» (constructiva o supletoria) o sencillamente «integración» del contrato; esta última permitiría considerar incluidas en el contrato determinadas previsiones para dar lugar a «las consecuencias prácticas queridas por las partes» (*Derecho civil español común y foral*, III. 12ª ed. revisada y puesta al día por G. García Cantero. Madrid: Reus (557)]. En términos análogos, PUIG BRUTAU, J. (1988) sencillamente distingue entre interpretación propia e integradora, definiendo esta en términos que coinciden, sin nombrarlo, con el contenido del artículo 1258 del Código civil (*Fundamentos de Derecho civil*, I, 4ª ed. Barcelona: Bosch (224-225)].

⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1967). *El negocio jurídico*. Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (74 y 78).

⁵ Así lo entiende ALBALADEJO GARCÍA, M. (1958) al señalar que, aunque en puro rigor la integración de la declaración, entendiendo por tal aquella que permite completar la declaración de voluntad llenando las posibles lagunas, no es interpretación, concluye que en un sentido amplio forma parte de ella; en este sentido, habla de «interpretación integradora». Sin embargo, como veremos con un criterio cuestionable, sitúa el apoyo legal de dicha interpretación en «el espíritu» que se induce del artículo 1258 del Código civil (*El negocio jurídico*. Barcelona: Bosch (325-326)].

⁶ En el supuesto que da lugar a esta sentencia, una sociedad interpone demanda contra la Agencia de vivienda y rehabilitación de Andalucía en reclamación del cumplimiento de varios contratos, devolución de fianzas y abono de daños y perjuicios, que es objeto de estimación parcial en la instancia. La Agencia interpone recurso de casación, alegando, como motivo primero vulneración del artículo 1258 del Código civil en relación con las reglas de interpretación de los contratos y el artículo 1124 del Código civil, afirmando que se vulneran las reglas generales de distribución de la carga de la prueba —lo que es cuestión procesal y no sustantiva— y lo dispuesto en el citado artículo 1258 del Código civil; y como motivo segundo, infracción legal del artículo 1258 del Código civil en relación con la condena a la recurrente al pago de las cantidades correspondientes a retenciones previstas en el contrato. El Tribunal Supremo considera que ambos motivos carecen de fundamento por cuanto «el artículo 1528 del Código civil se refiere a las obligaciones que nacen de los contratos y no alude directamente a su interpretación» (en lo que respecta al primero), y que «el artículo 1258 del Código civil se refiere en general a las obligaciones derivadas del contrato... pero no afecta a la interpretación del contrato en cuanto a cuestiones que sí están previstas en el mismo, ya que en tal caso solo podrá denunciarse la vulneración de los principios de interpretación contractual mediante la invocación de las normas específicas que en el Código civil disciplinan esta materia».

⁷ No obstante, como se ha dicho, un sector cualificado de la doctrina habla de «interpretación integradora» en un sentido distinto, al identificar esta con la prevista en el artículo 1258 del Código civil (*vid.* nota 3).

⁸ Vid. MESSINEO, F. (1961). *Contratto* (dir. priv.). En: *Enciclopedia del diritto*, tomo IX, Milán: Giuffrè (937, 951 y nota 707).

⁹ Vid., RODOTTA, S. (1969). *Le fonti di integrazione del contratto*. Milán: A. Giuffrè (98).

¹⁰ Como se explica después, la cuestión que es objeto de discusión, a saber, a quién corresponde el pago del incremento de las cuotas pactadas en el contrato, se resuelve atendiendo al deber de respetar el equilibrio o la equivalencia de prestaciones resultante de la buena fe a que se refiere el artículo 1258 del Código civil (sobre esta sentencia, vid., apartado III.3).

¹¹ En el caso a que se refiere esta sentencia se considera que el contrato incluía una cláusula de desistimiento sin indemnización atendiendo al uso constante de dicha cláusula por las partes en sus relaciones contractuales (se incluyó en contratos anteriores, en el borrador de encargo y en otros trabajos posteriores encomendados al actor). En cualquier caso, no deja de ser paradójico que la sentencia califique como «canon objetivo» un criterio que es puramente subjetivo, como el de la voluntad común «acreditada y persistente» de los interesados. Quizás este calificativo se utilice en el sentido de que la integración del contrato no es resultado de una operación de interpretación por criterios ajenos a la voluntad de las partes, como serían los usos *ex* artículo 1287 del Código civil, con su necesaria dosis de subjetividad por el intérprete, aunque se utilicen criterios objetivos, sino que aquella resultaría directamente de los actos coetáneos y anteriores de las partes.

¹² En un trabajo de referencia en la materia, explica en estos términos el contenido el desarrollo de la figura en la doctrina alemana, VATTIER FUENZALIDA, C. (1987). La interpretación integradora del contrato en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 40, núm. 2, 507.

¹³ Como explica VATTIER FUENZALIDA, un buen exponente de esta última interpretación es LEONHARD, quien sostiene que, cuando siendo la declaración de voluntad clara presenta lagunas, «la reconstrucción conjetural de la declaración a base de lo que habría sido la presunta voluntad hipotética de un hombre razonable y prudente, permite llenar el vacío existente en la regulación contractual (1987, 498-499).

¹⁴ Así, VATTIER FUENZALIDA considera que dicha categoría presupone la actuación de criterios objetivos de heterodeterminación (ley, usos, buena fe, e incluso la equidad) que complementan o corrigen, en sede de interpretación, lo acordado por los contratantes, («La interpretación...», *op. cit.*, 496 y 511). Y, sobre esta base, que dicha categoría resulta admisible en Derecho español a la vista de lo establecido en determinados preceptos del Código en sede de interpretación (517). Asimismo, parece seguir este criterio DÍEZ-PICAZO, L. (1996) cuando concluye que en nuestro Código civil existen reglas que conducen a una interpretación integradora atendiendo a lo que establece el párrafo 2º del artículo 1288 del Código civil (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, 5.ª ed. Madrid: Civitas (406)].

¹⁵ Así lo entienden, entre otros, GARCÍA AMIGO, M. (1983) quien se ha ocupado de manera específica de la integración del contrato (Integración del negocio jurídico. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 23, 83). En el mismo sentido, señala ALBALADEJO GARCÍA que las lagunas que presente la declaración de voluntad deben llenarse a base de deducir a través de la interpretación «cuál es la regulación que se habría dado —de haberlo previsto— al punto vacío. Y lo así descubierto, se considera como formando parte de la declaración» (1958, 326-327). En obras posteriores matiza que dicha integración ha de atenerse a las disposiciones legales que determinan el procedimiento más adecuado para precisar «lo presumiblemente querido por el declarante», que el autor sitúa en el artículo 1287 del Código civil y los principios generales del Derecho *ex* artículo 1 del Código civil, en cuya virtud debe aplicarse el «espíritu reflejado en las otras cláusulas de la declaración» (ALBALADEJO GARCÍA, M. (1996). *Derecho civil*, I-2º, 14ª ed. Barcelona: Bosch (353-354)].

¹⁶ Aunque no habla de interpretación integradora, DE CASTRO, para llenar las lagunas de la declaración negocial, considera necesario acudir a la «voluntad hipotética» o «interpretación objetiva», presumiendo que se quiso «lo que hubiera sido la voluntad de un hombre razonable y prudente, si hubiese previsto la cuestión planteada» (1967, 78). En la doctrina más reciente, y haciendo referencia a la interpretación integradora, dice CARRASCO PERERA, A. (2010) que se trataría de buscar, no tanto qué hubiesen convenido las partes si hubieran reflexionado sobre el particular, lo que raras veces puede completarse, como que «hubieran

debido convenir razonablemente las partes si se hubiesen representado la laguna» (*Derecho de contratos*. Navarra: Aranzadi (485)).

¹⁷ CASTÁN TOBEÑAS, 1978, 557 y PUIG BRUTAU, 1988, 224-225.

¹⁸ Vid., LACRUZ BERDEJO, 1977, 231.

¹⁹ Vid., por todos, DÍEZ-PICAZO, 1996, 396.

²⁰ En el supuesto concreto a que se refiere esta sentencia, que aborda estrictamente un problema de interpretación contractual, se cuestiona quien debe asumir los costes de eliminación de una servidumbre vendida como «libre de cargas y gravámenes, sin servidumbres...». El Tribunal Supremo considera que el tenor literal de la cláusula no es suficiente para entender que la vendedora asumiera tal obligación, atendiendo a una interpretación integrativa y sistemática del contrato celebrado y a la conducta de las partes en la formación del mismo *ex artículo 1282 del Código civil*.

²¹ En el caso enjuiciado por esta sentencia, como en la citada en la nota anterior, se plantea un problema de estricta interpretación del contrato, a saber, si la parte vendedora de unas acciones incumplió su deber de informar sobre el valor económico real de la compañía. El Tribunal Supremo entendió que la interpretación literal y sistemática del contrato, así como la conducta de las partes, reflejaban con claridad cuál era la situación económica de la sociedad cuyas acciones fueron objeto de transmisión, de la que la compradora tenía perfecto conocimiento y, en consecuencia, que dicha situación fue tomada en consideración en la determinación o ajuste del precio definitivo de venta, desestimando todos los motivos fundados en la ausencia de conocimiento de aquella.

²² Sobre esta sentencia, vid., nota 10.

²³ Sobre esta sentencia vid. nota 11.

²⁴ Vid., en este sentido, LACRUZ BERDEJO, 1977, 231. De forma muy expresiva dice este autor «La dificultad está en que cada una de las partes, si hubiera previsto el problema, lo hubiera resuelto en el sentido que le fuera más favorable: los presupuestos comunes a ambos contratantes son raros, porque siendo antagonistas sus intereses, son diversas las circunstancias y aspiraciones que tienen presentes uno y otro al formular, respectivamente, la oferta y la aceptación. En general, el pretendido querer común suele contemplar el interés de uno solo de los contratantes, mientras el otro se aviene a soportar el riesgo que aquel significa para la satisfacción de su interés».

²⁵ LACRUZ BERDEJO, 1977, 231-232.

²⁶ Lo entiende de manera distinta SANTOS BRIZ, J. (1996) al afirmar que mediante la aplicación de este criterio «estamos, en realidad, ante un intento del juez de superar su misión judicial y establecer regulaciones asumiendo una facultad de configuración contractual, y, en fin, de valoración jurídica, perfectamente admisible a tenor de los principios sobre apreciación de la prueba y aplicación de la norma jurídica que incumben al Juzgador en nuestro proceso civil», que tendría su encaje en el artículo 1287 del Código civil en relación a los usos (*La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*. Madrid: Montecorvo (206-207)).

²⁷ Entre otros, es el caso de VATTIER FUENZALIDA, que, como se ha dicho, es el más firme valedor de la interpretación integradora en Derecho español. No obstante, defiende que no solo los preceptos citados, sino también el artículo 1286 pertenecen a la llamada interpretación integradora, sobre la base de que no tiene por objeto, como los artículos 1283 a 1284 reconstruir el significado de la declaración de voluntad, sino «al contenido y efectos del contrato, y contemplan, además, medios de interpretación diversos» (1987, 517).

²⁸ En este mismo sentido, para DE CASTRO, ninguno de los preceptos en sede de interpretación contempla normas que permitan «suplir las omisiones de la regla negocial», reservando dicho papel para el artículo 1287 relativo a los usos (1967, 81).

²⁹ Sin embargo, parece entenderlo de manera distinta DÍEZ-PICAZO, cuando afirma que la existencia de reglas que conducen a una interpretación integradora en nuestro Código civil «es algo que no puede dudarse a la vista de lo que establece el artículo 1288» (1996, 406-407).

³⁰ En particular, los artículos 1281 y 1283 del Código civil hablan de la falta de claridad y el alcance de los «términos de un contrato», los artículos 1284 y 1285 de «las cláusulas de

los contratos» y el 1286 de «palabras», lo cual evidencia que las reglas que contienen están previstas para resolver las dudas que plantea lo declarado por las partes.

³¹ En el sentido expuesto, DE CASTRO incluye este precepto entre las reglas que «ayudan a resolver dudas sobre el sentido de unas cláusulas o palabras» (1967, 81).

³² DE CASTRO (1967, 89-90).

³³ Vid., en este sentido, DÍEZ-PICAZO (1996, 398).

³⁴ Sobre dicha sentencia, *vid.* nota 20.

³⁵ Así, la STS de 12 de julio de 2002, también considerada como referente por incorporar la doctrina relativa al artículo 1258 del Código civil, sitúa ambos aspectos en el ámbito de este último precepto, a pesar de que la recurrente invoca la infracción de la buena fe en cada uno de los ámbitos señalados en motivos distintos (sobre esta sentencia, *vid.* nota 57). En el mismo sentido, la STS de 15 de julio de 2013 relaciona la exigencia de interpretar el contrato conforme al principio de buena fe contractual con lo dispuesto en el artículo 1258 del Código civil, a la que se remite de manera expresa la reciente STS de 14 de febrero de 2018 para fundar su fallo, dada la identidad de la cuestión objeto de la *litis*.

³⁶ *Vid.*, LACRUZ BERDEJO (1977, 234).

³⁷ *Vid.*, por todos, DÍEZ-PICAZO (1996, 408).

³⁸ No obstante, como ya se ha explicado en otro lugar, la aplicación de dicho precepto en el supuesto enjuiciado es cuestionable, ya que, aunque la sentencia habla de integrar el contrato conforme a los usos, en realidad se trata de interpretar su contenido atendiendo al comportamiento o conducta anterior y posterior de las partes (sobre dicha sentencia, *vid.*, nota 11).

³⁹ Así lo entiende DÍEZ-PICAZO, quien contrapone la función integradora de los usos *ex* artículo 1258 del Código civil, con las que les asigna el artículo 1287 del Código civil en el que considera regulados los usos interpretativos y que entiende «directamente relacionadas con la voluntad o común intención de las partes (1996, 408).

⁴⁰ LACRUZ BERDEJO considera que la ley actúa en la forma explicada —en el contexto del artículo 1258 del Código civil— solo cuando se trate de normas dispositivas (1977, 232). A mi juicio, no existe una razón que justifique un tratamiento distinto, a estos efectos, entre la ley dispositiva e imperativa.

⁴¹ En el supuesto a que se refiere dicha sentencia, se ejercita acción resolutoria por incumplimiento de la constitución de un derecho de superficie en una parcela destinada a la instalación de un negocio de recambios de automoción. Como cuestión de fondo se discute si se había pactado la recalificación urbana de la parcela y si la modificación del plazo inicialmente pactado, de 90 a 99 años, fijado legalmente, era esencial. En este contexto, el Tribunal Supremo, a mi juicio erróneamente, considera aplicable el artículo 1258 del Código civil, sobre la base de que «la delimitación del plazo de duración del derecho de superficie se realiza al amparo de la normativa vigente como criterio de integración en la ejecución o cumplimiento del contrato», en lugar de limitarse a aplicar dicha normativa, como norma de carácter imperativo, para fijar el plazo de duración del derecho.

⁴² En este sentido MESSINEO, tras insistir en el deslinde entre interpretación e integración del contrato, considera que la integración a que se refiere el artículo 1374 del Código civil italiano, que es el equivalente al artículo 1258 del Código civil, se centra «no tanto sobre el contenido del contrato, cuanto sobre la calidad y medida de los efectos del mismo» (la traducción es nuestra). (1961, 936). Sin embargo, RODOTTA, que también distingue entre interpretación e integración del contrato, aunque toma como punto de partida el criterio sistemático para explicar el sentido y función del artículo 1374, a renglón seguido resta valor a este argumento, concluyendo que no existe ningún impedimento para considerar dicho precepto «en el ámbito de la construcción de la reglamentación contractual» (la traducción es nuestra), (1969, 91-93).

⁴³ *Vid.*, VATTIER FUENZALIDA, 1987, 513-515.

⁴⁴ Así, autores tan significativos como DÍEZ-PICAZO, 1996, 415-416 y CASTÁN TOBEÑAS, 1978, 584.

⁴⁵ Sobre las distintas interpretaciones mantenidas y las reglas de conducta como contenido del contrato, *vid.*, DÍEZ-PICAZO, 1996, 352-355 y 358-359.

⁴⁶ Así, el propio DÍEZ-PICAZO, a pesar de que en otro lugar distingue con claridad entre el contenido y los efectos del contrato *ex* artículo 1258 del Código civil, considera que lo establecido en este precepto permite hablar de «una integración del contrato, para aludir a la objetiva construcción del conjunto de la reglamentación contractual...» (1996, 359). De forma más rotunda, LACRUZ BERDEJO sitúa directamente dicho precepto en el ámbito de la «regulación contractual», comprensiva de la interpretación e integración del contrato (1977, 219). Del mismo modo lo entienden otros autores que se han ocupado específicamente del artículo 1258 del Código civil; así, GARCÍA AMIGO, para quien la integración a que se refiere el citado artículo 1258 del Código civil tiene «entidad propia y diferenciada», que consiste en determinar las normas reguladoras de la relación negocial, situando dicho precepto en el ámbito de la normativa reguladora del contrato (1983, 84) y LASARTE ÁLVAREZ, quien sostiene que dicho precepto completa la «insuficiente reglamentación contractual» y contribuye, así, a la determinación del contenido de los contratos (1980, 66).

⁴⁷ Lo entiende de manera distinta, CARRASCO PERERA, 2010, 491.

⁴⁸ Sobre esta sentencia, *vid.*, III. 2.

⁴⁹ Lo entiende así, con cita expresa de dicha sentencia, LACRUZ BERDEJO, 1977, 234. Asimismo, LASARTE, al asimilar los usos del artículo 1287 a los del artículo 1258 (1980, 67); dice seguir en esta interpretación a PUIG BRUTAU, aunque en realidad este autor solo dice que la regla establecida en dicho precepto «se halla estrechamente relacionada con la del artículo 1258» (1988, 237), que es algo que no se discute. En términos más ambiguos, GARCÍA AMIGO habla del «profundo paralelismo», que hay entre todos los preceptos mencionados, remitiéndose a la sentencia que se dicta en el texto (1983, 103).

⁵⁰ Sobre esta sentencia, *vid.* nota 11.

⁵¹ De manera muy expresiva señala MUCIUS SCAEVOLA (1958) que el término «consecuencias» expresa «idea de relación, de nexo o enlace entre un efecto y su causa, aludiendo así a algo derivado directamente del contrato mismo. Consecuencia, corolario, derivación, efecto, son términos todos pertinentes al artículo de que se trata y que revelan la idea del enlace preciso entre la sustancia de la convención, lo estricta y expresamente pactado y aquello que, por el precepto comentado, ha de estimarse también virtualmente convenido». Por otra parte, se dice, se emplea el adjetivo «todos», mostrando un criterio expansivo: «todo lo que derive del contrato y se acomode a las circunstancias que el precepto enumera a continuación» (*Código civil. Comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales Códigos europeos y americanos*, tomo XX, 2.^a ed., revisada por Marín Pérez, P. Madrid: Reus (635)].

⁵² *Vid.*, en este sentido, SCAEVOLA, 1958, 637 y 635, respectivamente.

⁵³ En términos análogos, MANRESA Y NAVARRO (1967) declara que las consecuencias conforme a la buena fe, al uso y a la ley han de ser tenidas en cuenta, por lo que ahora interesa, como «complemento de lo convenido...» (*Comentarios al Código civil español*, tomo VIII-vol. 2.^o, 6.^a ed., revisada por Moreno Mocholí, M. Madrid: Reus (439)] Y, en este sentido, añade que el artículo 1258 del Código civil, más que a la exégesis del contrato tiende a completar el mismo «extendiéndolo a todo aquello que por ser práctica observada, reiterada y admitida, se cree innecesario consignar expresamente en el texto contractual, tratándose por lo común de materia accesorias y de matiz meramente ejecutivo de lo pactado...» sobre la base de lo declarado por la STS de 15 de octubre de 1965 (440).

⁵⁴ Sobre esta base, se declara que lo establecido en el artículo 1258 del Código civil no puede utilizarse para integrar el plazo de duración de los trabajos y de finalización de la obra omitido en el contrato, como tampoco permite hacerlo, dentro de su respectivo ámbito de aplicación, lo establecido en el artículo 1287 del Código civil, debiendo acudirse para suplir tal omisión a lo establecido sobre el plazo en el artículo 1128 del Código civil. Sobre esta sentencia, *vid.*, III. 2.

⁵⁵ La sentencia citada se refiere a un contrato de ejecución de obra por el que una comunidad de propietarios pacta con el recurrente en casación y su socio la obligación por parte de estos de proceder, con precio fijado, a la impermeabilización y retejado del edificio. La

sentencia considera probado que, aunque los trabajos se terminaron, ello se realizó contraviniendo tanto los términos del contrato como la «lex artis» de la profesión, hasta el punto de provocar el arruinamiento del tejado. Dado que la acción ejercitada por la comunidad fue la de cumplimiento de lo convenido, la sentencia condena a «rehacer la obra “pese al mayor coste económico que ello suponía”. Interpuesto recurso de casación, se denuncia aplicación indebida del artículo 1258 del Código civil, por entender que la condena excede o se extiende a “obras no pactadas” con un coste doble del primitivo. Según el Tribunal Supremo, ello no solo no puede calificarse como infracción del precepto citado, sino que justamente la previsión de que “los contratos obligan al cumplimiento” contenida en ese artículo es el que impone la atribución de esa responsabilidad», conectada con lo dispuesto en la ley (arts. 1088, 1089, 1091 y 1101) al regular el incumplimiento y sus consecuencias en caso de incumplimiento culpable. A renglón seguido, también hace alusión a la buena fe, al añadir que «no sería justo ni acomodado a la buena fe excluir unas consecuencias económicas (necesarias para el cumplimiento íntegro) cuya mayor onerosidad se debe al propio incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas “lex artis” de toda buena construcción».

⁵⁶ En el caso concreto a que se refiere esta sentencia, el deber que incumbe al promitente de una opción de compra de no frustrar el buen fin de la misma mediante la realización de un acto dispositivo antes del ejercicio de la opción, que es el supuesto a que se refiere la STS de 26 de octubre de 1995 (en el caso concreto a que se refiere esta sentencia, una hipoteca).

⁵⁷ El supuesto resuelto por esta sentencia trae causa de un contrato de compraventa en documento privado cuyo precio debía pagarse en el plazo de un año a partir del día en que los vendedores hubiesen «legalizado —aunque por un error la escritura decía «realizado»— las construcciones existentes sobre la finca». El debate se centra, principalmente, en la interpretación de esta última expresión, a saber, si los actores, como vendedores, exclusivamente se hallaban obligados a la legalización registral de la finca, que fue el criterio acogido en la instancia, o también a su legalización urbanística como sostenía el comprador. El comprador, recurrente en casación, además de combatir dicha interpretación por diferentes motivos, alega infracción de la doctrina jurisprudencial dictada en relación con el artículo 1258 del Código civil por no respetar las normas de conducta implícitamente exigidas por dicho precepto. El Tribunal Supremo, aunque confunde la buena fe como fuente de interpretación y de integración del contrato, declara que por el vendedor ya se ha dado cumplida y adecuada efectividad al contrato en relación con el fin propuesto, al tratarse de la venta de una finca en las condiciones que eran perfectamente conocidas por el comprador cuando lo adquirió, por lo que no resulta aplicable la exigencia añadida de que el vendedor cumpliera con exigencias urbanísticas. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo añade que la ampliación del alcance de lo estipulado podría romper «el justo equilibrio de las prestaciones en juego».

⁵⁸ Así lo entendió ya, en la doctrina más antigua, SCAEVOLA, al afirmar que esta regla «manda y ordena, sancionando la efectividad de cuanto emane del contrato» (1958, 635). Vid. asimismo, DÍEZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C. (2013). Comentario al artículo 1258 del Código civil. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, 4ª ed. Navarra: Aranzadi (1706). ALMAGRO NOSETÉ, J. (2006). Comentario al artículo 1258 del Código civil del Código civil. En I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código civil*, tomo VI, 2.ª ed. Barcelona: Bosch (517-518). Para CARRASCO PERERA, aunque no se puede responder con simpleza a esta cuestión respecto del uso y el Derecho dispositivo, la norma sería claramente de *ius cogens* en relación con el criterio de la buena fe, ya que su exclusión además chocaría con lo dispuesto en el artículo 7 del Código civil que establece imperativamente el mandato de buena fe «como regla de conducta» (2010, 498-499).

⁵⁹ *Vid.*, en el sentido expuesto, nota 51.

⁶⁰ Se pronuncia en este sentido la STS de 3 de diciembre de 1991, con cita de otras anteriores, conforme a la cual la posibilidad de ampliar o modificar lo estrictamente convenido al amparo del artículo 1258 del Código civil «ha de admitirse con gran cautela y notoria justificación, es decir, que la expansión de los deberes al amparo del artículo 1258 debe ser lo más restringida posible, porque no puede escindirse este artículo del contenido del artículo

1283, según el cual en los términos de un contrato no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar».

⁶¹ De manera expresa la sentencia citada señala que la pretendida correlación que establece la recurrente entre los artículos 1283 y 1258 del Código civil «resulta incorrecta, pues el artículo 1283 responde a la denominada “interpretación integradora” ...mientras que el artículo 1258 del Código civil se proyecta sobre el plano diferenciado de la integración propiamente dicha del contrato, en atención a la valoración normativa que se deriva de los criterios de buena fe, el uso y la ley». Sobre dicha sentencia, *vid.*, nota 41.

⁶² Sobre esta sentencia, *vid.*, nota 55.

⁶³ Sobre esta sentencia, *vid.*, nota 10.

⁶⁴ El supuesto a que se refiere esta sentencia trae causa de una póliza de colectiva de seguro sobre las personas siendo la asegurada una empresa pública. A la demanda presentada por la aseguradora solicitando la condena al pago de la prima anual se opone dicha empresa al considerar que la Ley de presupuestos aplicable al caso prohibía el pago de la prima para cuyo abono ni siquiera se consignó partida presupuestaria. Como consecuencia de ello se declara la resolución contractual por imposibilidad legal de cumplimiento, con la consiguiente extinción de la relación y, en atención a la buena fe en el sentido explicado, el consiguiente reembolso de las prestaciones abonadas en esa anualidad, de una parte, y de la parte de la prima correspondiente a los meses de vigencia del contrato durante ese periodo.

⁶⁵ Sobre la aplicación de esta regla *vid.*, ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1991) que fue su precursor en Derecho español (*Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas (299-300)).

⁶⁶ Consideran que el precepto citado ampara la exclusión de parte del contenido del contrato en contra de la voluntad de alguno de los contratos, con cita de otros autores, PERTÍÑEZ VILCHEZ, F. (2016). Buena fe *ex* artículo 1258 del Código civil y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 12. Sin embargo, se muestra contrario a esta posibilidad, CÁMARA LAPUENTE, S. (2006). *El control de las cláusulas abusivas sobre los elementos esenciales del contrato*. Pamplona: Thomson-Aranzadi.

⁶⁷ Así parece entenderlo, PERTÍÑEZ VILCHEZ, 2016, 15.

(Trabajo recibido el 3-1-2019 y aceptado
para su publicación 1-4-2019)

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas de los
principios hipotecarios tras la Ley
13/2015, de 24 de junio (II):
El principio de legalidad: la
calificación registral gráfica*

*The geographical repercussions of
the mortgage principles after Law
13/2015, of June 24 (II): The principle
of legality: the graphic registration
qualification*

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad de Dolores y Doctor en Derecho

RESUMEN: Continuando con el propósito de intentar una interpretación evolutiva de la Ley 13/2015 y su repercusión sobre los principios hipotecarios de nuestro sistema registral, nos ocupamos en este segundo artículo de tratar las repercusiones geográficas sobre el principio de legalidad, manifestado a través

* Este trabajo es la segunda parte. La primera parte se encuentra publicada en el núm. 768, págs. 1893 a 1937.

de la calificación registral, que denominaremos gráfica. Y ello porque tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015, de 24 de junio, la calificación del título presentado se extenderá a las circunstancias relativas a la descripción de la finca, que se redactarán en la forma que determinen los particulares en el título, siempre que superen el previo examen en que consiste la calificación registral, con los medios que la Ley ofrece al registrador. Por tanto, la incorporación de la georreferenciación a la inscripción y la expresión del estado de coordinación gráfica de la finca con el Catastro son circunstancias que deben ser examinadas en el trámite de la calificación registral, pues el registrador debe tomar una decisión respecto a las declaraciones de las partes y debe dejar constancia de su decisión en la inscripción en la forma que determina el artículo 9.

ABSTRACT: Continuing with the purpose of attempting an evolutionary interpretation of Law 13/2015 and its repercussion on the mortgage principles of our registry system, we deal, in this second article, of treating the geographical repercussions on the principle of legality, manifested through the registration qualification, which we will call graph. And this because after the entry into force of Law 13/2015, of June 24, the qualification of the title presented will be extended to the extremes related to the circumstances referred to the description of the farm, which will be drafted in the way they determine the individuals in the title, provided that they pass the previous examination in which the qualification of the registry consists, with the means that the Law offers to the registrar. Therefore, the incorporation of the georeferencing to the registration and the expression of the graphic coordination status of the farm with the Cadastre are circumstances that must be examined in the processing of the registration qualification, since the registrar must make a decision regarding the declarations of the parties and must record its decision in the registration in the manner determined in Article 9.

PALABRAS CLAVE: Georreferenciación. Principio de calificación. Medios de calificación. Identificación de la finca. Correspondencia de la referencia catastral. Diferencias de superficie. Calificación positiva y negativa.

KEY WORDS: *Georeferencing. Qualification principle. Means of qualification. Identification of the farm. Correspondence of the cadastral reference. Surface differences. Positive and negative rating.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.—III. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN SU VERTIENTE GEOGRÁFICA: 3.1. CONCEPTO.

3.2. CARACTERES. 3.3. REGULACIÓN LEGAL.—IV. EL OBJETO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.—V. EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA: OPERACIONES QUE COMPRENDE: 5.1. LOS TRES ESTADIOS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA. 5.2. EL PRIMER ESTADIO DE LA CALIFICACIÓN: EL ANÁLISIS DE COHERENCIA: 5.2.1. *El análisis de coherencia interna del título.* 5.2.2. *Coherencia entre descripción registral y georreferenciación auxiliar.* 5.3. EL SEGUNDO ESTADIO: LA CORRESPONDENCIA DESCRIPTIVA Y GRÁFICA: 5.3.1. *El análisis literario de correspondencia descriptiva:* 5.3.1.1 La situación física detallada: a) La naturaleza. b) Linderos. c) La superficie. 5.3.1.2. Las edificaciones. 5.3.1.3. La clasificación urbanística, medioambiental o administrativa. 5.3.1.4. La referencia catastral. 5.3.2. *La correspondencia gráfica:* 5.3.2.1. La aportación de la georreferenciación. 5.3.2.2. La coincidencia sobre el mismo sector de territorio. 5.3.2.2. La coincidencia sobre el mismo sector de territorio. 5.3.2.3. Las diferencias superficiales entre la georreferenciación auxiliar y la aportada. 5.3.2.4. La no coincidencia de la georreferenciación aportada con otra ya inscrita. 5.3.2.5. La no invasión del dominio público. 5.4. EL TERCER ESTADIO: LA DECISIÓN DE COORDINACIÓN GRÁFICA.—VI. PLAZO Y MEDIOS PARA CALIFICAR GRÁFICAMENTE: GEOBASE 4.—VII. EL RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA: 7.1. LA CALIFICACIÓN POSITIVA. 7.2. LA CALIFICACIÓN NEGATIVA: 7.2.1. *En el primer estadio del análisis de coherencia.* 7.2.2. *En el segundo estadio de correspondencia descriptiva y gráfica.* —VIII. CONCLUSIONES.—IX. JURISPRUDENCIA.—X BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Siguiendo con el esquema trazado en el artículo donde tratamos del principio de rogación registral y su vertiente geográfica, procede ahora el estudio de los principios derivados de la cognoscibilidad legal, comenzando por el principio de legalidad.

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

El principio de legalidad es uno de los principios que la Constitución garantiza en la enumeración no sistematizada y carente de orden lógico de su artículo 9.3, junto con los de «*jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*», pues quizás el primer principio a enumerar hubiera debido ser el de la seguridad jurídica, puesto que el resto no son más que consecuencias insoslayables para el logro de esa seguridad jurídica¹.

En ámbito inmobiliario, el principio de legalidad actúa a través de una doble vertiente:

1. La titulación auténtica, conforme al artículo 3 de la LH.
2. La calificación registral, a través de la cual, con relación a terceros no intervinientes en el título público, se comprueba el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley para el acto o negocio jurídico instrumentado en el título presentado, para lograr el valor fundamental de la seguridad jurídica en el tráfico de inmuebles, con una doble proyección:
 - a) La seguridad del derecho, a través de la justicia, como valor superior.
 - b) La seguridad del tráfico, eliminando la discusión judicial, mediante el reconocimiento de un órgano al que el Estado otorga el control de legalidad².
 - c) Incluso, puede añadirse una tercera proyección, la seguridad económica, pues la inscripción consigue reducir las asimetrías informativas³.

Esa función calificadoradora se inserta en la Constitución, a través del artículo 24, que se refiere a la tutela judicial efectiva, pues los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales (art. 1.3 de la LH)⁴.

Ese principio de legalidad en el ámbito inmobiliario es considerado como básico, entre otras, por la RDGRN de 30 de mayo de 2018, por la especial trascendencia de efectos derivados de los asientos del Registro (que gozan de la presunción de exactitud y validez y se hallan bajo la salvaguarda de los tribunales) y está fundado en una rigurosa selección de los títulos inscribibles sometidos a la calificación del registrador.

También se ha destacado su importancia en la Jurisprudencia. Así, la sentencia 716/2013 del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 28 de noviembre de 2013, considera que en un sistema registral de desenvolvimiento técnico, como es el español —en el que los asientos producen efectos sustantivos, además de los propiamente registrales y en el que, una vez practicados, dichos asientos, quedan bajo la salvaguarda de los tribunales y producen todas sus consecuencias mientras no se declare la inexactitud (art. 1 de la LH)— impera el principio de legalidad, excluyente de la posibilidad de registrar títulos que no sean perfectos y válidos, material y formalmente, el cual se protege mediante el trámite depurador en qué consiste la calificación, esto es, el examen de los títulos presentados que ha de realizar el registrador para decidir si procede la inscripción o, por el contrario, la denegación o la suspensión de la misma (art. 18 de la LH).

III. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL EN SU VERTIENTE GEOGRÁFICA

3.1. CONCEPTO

El concepto de calificación registral, en su vertiente geográfica, puede configurarse como la especie de un concepto general de calificación registral, que se ha definido como el previo examen que hace el registrador de los títulos, en sentido formal (art. 3 de la LH) y material (art. 2 de la LH), presentados al Registro, con el fin de comprobar que reúnen todos los requisitos legales para su validez y eficacia, tanto entre las partes, como frente a terceros y en consecuencia resolver si procede su inscripción, suspensión o denegación⁵

Ese examen consiste en el enjuiciamiento por el registrador, como autoridad imparcial e independiente, sobre su legalidad y la validez y eficacia de los negocios jurídicos contenidos en ellos⁶, para que solo tengan acceso al Registro los títulos válidos y perfectos, material y formalmente. Ese juicio de legalidad se extiende, tras la Ley 13/2015, a las circunstancias descriptivas de la finca que el registrador debe plasmar en el asiento, lo que requiere de previa calificación registral de la descripción de la finca hecha en el título y un informe del registrador sobre la correspondencia de la descripción literaria con la representación gráfica de la finca.

Como señaló la RDGRN de 24 de mayo de 2017, en sentido amplio, la calificación registral abarca varios momentos sucesivos: en un primero momento, el registrador ha de decidir si practica o no el asiento de presentación; en un segundo, ha de apreciar si concurre alguna causa legal por la que deba denegar la calificación sobre el fondo del documento (como, la falta de liquidación del impuesto); y, finalmente, ha de calificar de manera global y unitaria el documento presentado, decidiendo si procede o no la práctica del asiento solicitado, pues el registrador analiza, con relación a los terceros no intervinientes en el título inscribible, el cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para el acto o negocio jurídico, que declara, transforma, modifica, transmite o extingue un derecho real, que pretende acceder al Registro.

La Ley 13/2015, de 24 de junio introduce una serie de novedades en la estructura del asiento de inscripción, con la nueva redacción del artículo 9, que instaura un nuevo sistema descriptivo de las fincas, con una serie de circunstancias que han de pasar por el tamiz de la calificación registral para poder constar en el asiento, de igual modo que ha de pasarle el acto o negocio jurídico.

Por tanto, tras la reforma, la calificación registral comprende una decisión más: el juicio de legalidad material respecto a la situación, localización, identificación y delimitación de la finca aportada, para decidir como ha de redactarse la descripción de la finca. Se añade un nuevo ámbito a la tarea de calificación registral que deberá comprender, además, la veracidad o exactitud

de los datos descriptivos proporcionados por las partes en el título, contrastando la información proporcionada con la información del Registro⁷, literaria y geográfica.

Como consecuencia de ello, parece que pasamos de un sistema de transcripción de la descripción de la finca a un sistema de inscripción en el que, respecto a cada circunstancia descriptiva del artículo 9, se impone una previa calificación del registrador, para que la finca quede perfectamente individualizada como objeto de derecho en el tráfico jurídico.

Y es que la descripción de la finca tiene por objeto su individualización o identificación en el tráfico jurídico, competencia exclusiva del propietario, que el registrador debe calificar, pues solo bajo su responsabilidad puede asignar a una determinada descripción, con su georreferenciación aportada, un determinado número de finca registral⁸. La Ley 13/2015 regula como debe hacer el registrador ese juicio, que consistirá en:

- a) El análisis de los requisitos de forma del material aportado para identificar una finca sobre el territorio y de los de contenido o fondo, como la capacidad de quien aporta la georreferenciación y su coherencia con lo que resulta del contenido del Registro⁹.
- b) Como ha de plasmar el resultado de ese análisis en el asiento y si el mismo es circunstancia necesaria del asiento, o potestativa que solo se plasmará tras la calificación positiva de la georreferenciación, pero sin impedir la práctica del asiento solicitado.

Teniendo en cuenta estas consideraciones, la Ley 13/2015 viene a introducir el concepto denominado calificación gráfica registral¹⁰, que se puede definir como aquella fase del procedimiento registral consistente en el examen comparativo que hace el registrador de los datos descriptivos y geográficos aportados por los otorgantes en los títulos presentados a inscripción, para comprobar su exactitud y la coherencia con la descripción de la finca y la correspondencia con la realidad geográfica aportada y comparada con las restantes realidades geográficas de las fincas colindantes, mediante la consulta a la aplicación informática prevista legalmente, que finalizará con un juicio de legalidad sobre el estado de descripción de la finca que deberá plasmar en el asiento.

Ello lleva inexorablemente a un nuevo enfoque metodológico en el ejercicio de la calificación registral, para reforzar los fines que persigue el Registro de la Propiedad, reformulando el principio de la calificación registral, desde una óptica gráfica, pues en la calificación ya no solo ha de tenerse en cuenta la finca a la que se refiere el asiento, sino también su relación con los colindantes, reportando unas ventajas jurídicas, que derivan de la introducción de la técnica de la georreferenciación en el Registro de la Propiedad¹¹.

Con ese nuevo enfoque metodológico, se requiere la elaboración de una cartografía temática de la propiedad inmobiliaria, proyectada sobre el territorio, que permitirá:

- Diferenciar unos inmuebles de otros, por la propiedad de una persona sobre ellos, mediante la fijación geométrica del perímetro por coordenadas geodésicas, con diferentes estadios o niveles.
- El tratamiento informático del inmueble, relacionarlo con sus colindantes y con el territorio en el que está incrustado y asociar todo tipo de información, tanto gráfica como alfanumérica¹²

3.2. CARACTERES

Sin entrar en la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de la calificación, los caracteres de la calificación registral gráfica son comunes a los de la calificación en sentido general, con alguna que otra especialidad. La Ley 13/2015 extiende la calificación a las circunstancias descriptivas de la finca. Todo ello, como dice el Exponente I de la citada ley *«para una mejor identificación de los inmuebles y una más adecuada prestación de servicios a ciudadanos y Administraciones»*.

Por tanto, la calificación registral gráfica se sigue caracterizando por ser:

1. Una actividad del registrador, lo que podemos interpretar en un doble aspecto:

a) Es un acto exclusivo del registrador, único que ejerce la función calificadora de los títulos, a través del análisis o examen de las afirmaciones de las partes en el título público, a quienes la Ley obliga a incorporar la referencia catastral de la parcela que se corresponde con la finca (art. 3 del TRLCI 1/2005) y al notario a preguntar a los otorgantes si la georreferenciación catastral aportada coincide con la realidad física de la parcela, o tiene discrepancias que hay que subsanar (art. 18 del TRLCI). El registrador ha de calificar ambas circunstancias comparando esas declaraciones con el contenido del Registro, para determinar el estado descriptivo de la finca que ha de producir efectos frente a tercero. No hay doble control de legalidad o doble calificación, sino adecuación a la realidad y comprobación, respecto de tercero no interviniente, de esa adecuación.

b) Es un acto obligatorio para el registrador, al ser un trámite del procedimiento registral que implica una toma de decisión respecto al estado descriptivo de la finca, que se plasmará en el asiento y en la nota de despacho o calificación, según el resultado de la misma. Ni las partes, ni el funcionario autorizante del título pueden excluir esta función registral. Así lo ha entendido reiteradamente la Dirección General de los Registros y del Notariado, que en

la RDGRN de 1 de diciembre de 2015, declaró en su fundamento de derecho 1.º: «*Debe este Centro Directivo recordar la inexcusable obligación del Registrador de calificar los documentos presentados al amparo del artículo 18 de la LH, función calificadora que necesariamente deberá desembocar o bien en la práctica de los correspondientes asientos registrales, bien en la emisión de una nota de calificación en que, previa fundamentación jurídica y con expresión de los medios de subsanación, se suspenda o deniegue tal práctica*». La única especialidad de la calificación registral gráfica es que en los supuestos del artículo 9.1 b) párrafo 2º, la calificación negativa sobre la incorporación de la georreferenciación aportada, no impide practicar el asiento, pero conlleva unas consecuencias.

2. Es independiente, pues el registrador no está vinculado por las manifestaciones del notario (RDGRN de 21 de septiembre de 2015), ni de las partes sobre la descripción de la finca, ni por calificaciones anteriores del mismo título de él u otro registrador (RDGRN de 16 de marzo de 2017).

3. Es global y unitaria, pues debe referirse al estado descriptivo de la finca que deriva del título presentado en comparación con la que resulta del contenido del Registro. Ello implica una serie de operaciones, que deben realizarse como acto debido del registrador.

Ello nos permite hablar de la calificación registral gráfica en dos sentidos:

- a) En un sentido amplio comprende las operaciones referidas a analizar la descripción literaria de la finca, que no requieren de una técnica de georreferenciación y la utilización de un sistema de georreferenciación.
- b) En sentido un técnico comprende la operación por la que se identifica sobre el territorio la georreferenciación aportada, para que el registrador analice su relación con la georreferenciación de la finca que resulta del Registro y de las fincas colindantes, que no puede realizarse sin un sistema de información geográfica georreferenciada.

Por ello, la calificación registral gráfica debe ser clara, estar motivada y justificada en la nota de calificación en cuanto a las dudas en la identidad de la finca, como ha declarado la RDGRN de 19 de julio de 2018, referida a la calificación negativa de un expediente del artículo 199 de la LH, para subsanar una discordancia del Registro con la realidad física. Así se desprende también del artículo 10 de la LH, pues las causas que impidan la coordinación gráfica con el Catastro deben comunicarse a este, a través del sistema de intercambio de información a que se refiere el artículo 10.6 de la LH.

4. Es una actividad personalísima del registrador, que no puede delegar en otra persona, pues le viene impuesta por la Ley y por las normas de competencia territorial. Si la finca radica en territorio de más de un distrito hipotecario, se

determinará el registrador competente conforme a los criterios del artículo 2 del RH, que atiende a un criterio físico como es el de la superficie, lo que exige que la finca esté bien identificada, o individualizada sobre el territorio, para poder aplicarlo.

5. Es una actividad que se ejerce bajo la responsabilidad del registrador calificador, que ha de responder civilmente de los daños y perjuicios que se deriven de su actuación.

6. Una actividad revisable, cuando sea negativa, mediante el recurso gubernativo ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, o judicialmente, ante el juez de primera instancia del partido en el que radique la finca.

3.3. REGULACIÓN LEGAL

La regulación legal de la calificación registral gráfica adolece de una falta de sistemática evidente. Así, en términos generales, el principio de calificación se regula en el artículo 18 de la LH, cuyo número 1 dispone: *«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»*.

Sin embargo, la Ley 13/2015, se refiere a la calificación registral gráfica en el artículo 9.1 b) párrafos 5º y 6º, sobre las circunstancias de la inscripción, y no en el artículo 18, que hubiera sido su sede natural; en los párrafos 8º y 9º del artículo 9 b), donde introduce nuevos medios para la calificación, de carácter electrónico; en el artículo 10.1 de la LH, cuando dispone: *«La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los registradores de la propiedad»*.

Sin embargo, el registrador ha de tener en cuenta también las circunstancias del artículo 18 de la LH, como:

- a) La capacidad del declarante, que ha de ser el propietario de la finca, siendo la descripción una forma de identificación de la finca, para individualizarla en el tráfico, lo que puede configurarse como un acto de riguroso dominio.
- b) La legalidad de las formas extrínsecas, como que la georreferenciación aportada sea la vigente y se refiera a una realidad física actual, si es catastral, o sea susceptible de incorporación a la cartografía oficial, si es alternativa.
- c) La validez de los actos dispositivos, pues el registrador ha de analizar que la descripción que resulte de la georreferenciación no encubra negocios jurídicos u operaciones de modificación de entidades hipotecarias no

documentados y susceptibles de inscripción especial, pues los mismos pueden incorporarse al Catastro por cuestiones fiscales, pero que pueden de adolecer de algún requisito jurídico, que impida su inscripción registral, como por ejemplo la falta de licencia.

La RDGRN de 3 de octubre de 2016 precisa el alcance de la calificación registral gráfica, al declarar en el fundamento de derecho 2.º: *«Pese a que el registrador puede (y debe) consultar la situación catastral actual de la finca a efectos de conseguir la coordinación del Registro con el Catastro e incluso obtener la certificación catastral correcta y coincidente con el título, ello no puede llevar a suplir la voluntad del interesado en cuanto a la descripción gráfica contenida en dicho título. En consecuencia, este segundo defecto ha de ser confirmado, siendo necesario para proceder a la inmatriculación la subsanación de dicho defecto bien mediante la rectificación del título inmatriculador o bien mediante la aportación por el interesado de la certificación catastral correcta o consintiendo mediante instancia en la obtención de la misma por el registrador».*

IV. EL OBJETO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA

El objeto de la calificación registral gráfica serán todas las declaraciones de las partes relativas a la descripción de la finca, que deberá contener el título, conforme al artículo 21.1 de la LH, en la forma que determina el artículo 9 de la LH, que ha de comprender dos tipos de circunstancias:

1. Unas circunstancias literarias, como son:

- a) Su situación física detallada, con los datos sobre su naturaleza, linderos, superficie y tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible.
- b) La referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y su estado de coordinación con el Catastro.
- c) Si resulta acreditada, su clasificación medioambiental, urbanística o administrativa.

2. Una circunstancia electrónica, cual es la georreferenciación de la finca, puesto que conforme al artículo 9: *«Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa».* Ello debe ponerse en relación con el artículo 3 del TRLCI 1/2004, que obliga a incorporar, salvo en los supuestos exceptuados por

la citada Ley, una certificación catastral descriptiva y gráfica en los documentos públicos, susceptibles de causar un asiento en el Registro de la Propiedad, para acreditar la descripción física de los inmuebles, que comprenderá *«sus características físicas, económicas y jurídicas, entre las que se encontrarán la localización y la referencia catastral, la superficie, el uso o destino, la clase de cultivo o aprovechamiento, la calidad de las construcciones, la representación gráfica, el valor de referencia de mercado, el valor catastral y el titular catastral, con su número de identificación fiscal o, en su caso, número de identidad de extranjero. Cuando los inmuebles estén coordinados con el Registro de la Propiedad se incorporará dicha circunstancia junto con su código registral»*. Esta certificación catastral contendrá la georreferenciación de la parcela, en un archivo GML anexo, que el registrador deberá extraer e incorporar a su aplicación informática homologada, para poder proceder a su calificación y decidir si la georreferenciación puede incorporarse al asiento o no.

Pero, además, el propietario debe hacer una serie de declaraciones adicionales respecto a la georreferenciación catastral aportada:

- a) Si la misma coincide con la realidad física de la finca. En ese caso, conforme al artículo 18.2 a) del TRLCI, el notario solicitará de los otorgantes que le manifiesten si la descripción que contiene la certificación catastral descriptiva y gráfica *«se corresponde con la realidad física del inmueble en el momento del otorgamiento del documento público. Si los otorgantes le manifestaran la identidad entre la realidad física y la certificación catastral, el notario describirá el inmueble en el documento público de acuerdo con dicha certificación y hará constar en el mismo la manifestación de conformidad de los otorgantes»*.
- b) Si no coincide con la realidad física, *«Si los otorgantes le manifestaran la existencia de una discrepancia entre la realidad física y la certificación catastral, el notario solicitará su acreditación por cualquier medio de prueba admitido en derecho»*. La existencia de esa discrepancia, a efectos catastrales, podrá subsanarse por el procedimiento del artículo 18.2 b) del TRLCI, al margen del Registro.

Pero, a efectos registrales, podrá subsanarse la discordancia entre el Registro y la realidad física extrarregistral por medio de los expedientes de concordancia de ambas realidades, regulados en el título VI de la LH y conforme al artículo 18.3 del TRLCI: *«La Dirección General del Catastro podrá rectificar de oficio la información contenida en la base de datos catastral cuando la rectificación se derive de uno de los procedimientos de coordinación con el Registro de la Propiedad a los que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, en los que se hayan utilizado otros medios distintos de la cartografía catastral para la descripción gráfica de las fincas»*. Y ello como consecuencia del artículo 3.3

del TRLCI, cuando dispone: «*Salvo prueba en contrario y sin perjuicio del Registro de la Propiedad, cuyos pronunciamientos jurídicos prevalecerán, los datos contenidos en el Catastro Inmobiliario se presumen ciertos*».

La remisión del artículo 18.3 del TRLCI al artículo 10, se entiende hecha al párrafo 3º, cuando dispone: «*Únicamente podrá aportarse una representación gráfica georreferenciada complementaria o alternativa a la certificación catastral gráfica y descriptiva en los siguientes supuestos: a) Procedimientos de concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad extrarregistral del Título VI de esta Ley en los que expresamente se admita una representación gráfica alternativa. b) Cuando el acto inscribible consista en una parcelación, reparcelación, segregación, división, agrupación, agregación o deslinde judicial, que determinen una reordenación de los terrenos*».

En conclusión, los interesados han de incorporar al título una georreferenciación catastral, como regla general, y solo por defecto o inexactitud de esta, podrán aportar una georreferenciación alternativa, que deberá cumplir los requisitos jurídicos determinados por el artículo 9 de la LH y los técnicos derivados del número 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, lo que deberá verificar el registrador con los medios técnicos de que disponga.

Todas estas declaraciones de las partes, con la documentación complementaria que deben incorporar para describir la finca, en la forma que dispone la redacción del artículo, constituyen el objeto de la calificación registral gráfica.

V. EXTENSIÓN DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA: OPERACIONES QUE COMPRENDE

5.1. LOS TRES ESTADIOS DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA

La calificación registral gráfica tiene por objeto determinar la exactitud de la descripción de la finca, que hace el propietario, a efectos de individualizar el objeto de derecho en el tráfico jurídico, mediante una serie de operaciones de comparación, analizando la situación, localización, identificación y delimitación de la finca, para lograr la convicción registral sobre su grado de exactitud.

El registrador califica las operaciones técnicas para tratar de establecer su equivalencia con las operaciones jurídicas. La incorporación de la georreferenciación al asiento no debe derivar solo de una mera actuación del técnico y su validación jurídica, mediante el juego de consentimientos ante el operador jurídico correspondiente, que da naturaleza jurídica a la operación, sino también de un control de esa actuación técnica y su adecuación jurídica, por parte del

registrador, mediante su calificación imparcial e independiente, a través de una serie de operaciones, que vamos a ver.

La nueva redacción del artículo 9, revitaliza el principio de legalidad, con un nuevo enfoque metodológico, que extiende la calificación registral a las circunstancias descriptivas de la finca, literarias y geográficas, es decir, el juicio de legalidad material se extiende a la situación, localización, identificación y delimitación de la finca aportada, para decidir cómo ha de redactarse la descripción de la finca.

El carácter complejo de la vertiente geográfica de la calificación registral, lo que denominamos, calificación registral gráfica, ha sido destacado por la doctrina, desde el mismo momento de la publicación de la Ley¹³. Así, se ha llegado a afirmar que el ámbito de la calificación registral se compone de tres estadios: la identificación gráfica de la finca registral, la coordinación gráfica con el Catastro, a efectos descriptivos y la información gráfica asociada, para determinar la validez gráfica del negocio jurídico¹⁴.

Coincidimos en que el ámbito de la calificación registral, en su vertiente geográfica, se compone de tres estadios, pero los estructuramos de forma diferente, pues a nuestro juicio, la información territorial asociada no es un estadio de la calificación, sino un elemento que integra el escenario de calificación registral gráfica. Esos tres estadios son;

1. El análisis de coherencia entre las descripciones literarias respectivas con sus correspectivas georreferenciaciones, la aportada y la resultante del Registro.
2. El análisis de correspondencia gráfica entre la georreferenciación aportada y la registral con valor auxiliar.
3. El análisis de coordinación gráfica.

Estos tres estadios se integran, a su vez, de una serie de operaciones que realiza el registrador, que pueden ser de carácter literario o electrónico y geográfico, que podemos clasificar en preliminares y comparativas:

1. Las operaciones preliminares del primer estadio tratan de configurar el escenario de calificación registral gráfica en la aplicación informática GEOBASE 4 y son:
 - a) El análisis de coherencia interna del título, es decir entre la descripción y georreferenciación que contiene.
 - b) El análisis de coherencia interna de la descripción registral con su georreferenciación auxiliar, para localizar la finca en el territorio, mediante el análisis espacial del contenido del folio registral. Tiene un valor auxiliar de calificación.

2. Las operaciones comparativas de correspondencia gráfica, o de calificación registral propiamente dicha del segundo estadio, tratan de lograr la convicción sobre la correcta ubicación, identificación y delimitación de la finca en el Registro. Estas operaciones, a su vez, se clasifican en:

- a) El análisis literario de correspondencia descriptiva, es decir, entre las descripciones registral y la aportada, generalmente catastral, que permita lograr la convicción de que las dos se refieren a la misma porción de territorio y se identifican sobre él, como realidades distintas que son.
- b) El análisis de correspondencia gráfica entre las respectivas georreferenciaciones, regulado en el artículo 9 de la LH, para determinar, una vez identificada geográficamente la finca, que las mismas son coherentes, en cuanto a su delimitación geográfica sobre la cartografía básica.

3. Las operaciones ejecutivas del tercer estadio son las relativas a la decisión del registrador sobre el estado de coordinación gráfica, o no de la finca registral y la parcela catastral, regulado en el artículo 10, que determinará, si la misma es correcta dentro de unos márgenes de tolerancia, la asunción e incorporación al asiento de la georreferenciación catastral, que se declarará como coordinada, o que adolece de inexactitudes, que impiden la coordinación, por requerirse su subsanación, ya sea catastralmente, o registralmente mediante los expedientes de los artículos 199 o 201.1 de la LH.

Vamos a tratar de cada una de estas operaciones.

5.2. EL PRIMER ESTADIO DE LA CALIFICACIÓN: EL ANÁLISIS DE COHERENCIA

Este primer estadio está integrado por las operaciones preliminares. Es decir, el análisis de coherencia interna del contenido del título y el del contenido del Registro.

5.2.1. *El análisis de coherencia interna del título*

Es aquella operación de análisis literario, mediante la que el registrador comprobará:

1. Que la descripción inicial de la finca en el título y la asignación del código registral único (CRU) coincide con lo que resulta del estado del Registro. Si ello es así, y normalmente lo es, el registrador podrá continuar con las demás operaciones de la calificación registral gráfica. En caso contrario, hay causa que impide seguir el desarrollo del procedimiento registral y que impide la práctica

del asiento, mientras no se rectifique la descripción del título asignando el CRU correcto. Esta situación es excepcional.

2. Que estamos ante uno de los actos que requieren la aportación de la referencia catastral, conforme a los artículos 38 y 39 del TRLCI. La falta de aportación no es un requisito que impida proseguir el desarrollo del procedimiento registral ni la práctica del asiento. Simplemente, constituye el incumplimiento de una obligación fiscal, pero implica que la descripción será simplemente literaria, sin identificación geográfica, que permita asignar a un código registral único un recinto cartográfico, ya como circunstancia del asiento, ya con valor meramente auxiliar.

3. Si estamos ante un supuesto en el que la georreferenciación es una circunstancia necesaria (art. 9 b] primer párrafo) o potestativa de la práctica del asiento (art. 9 b] 2º párrafo) y si se aporta una georreferenciación, catastral o alternativa en el título. En el primer caso, si no se aporta georreferenciación, cuando esta circunstancia es necesaria, su falta impide proseguir el procedimiento registral y la práctica del asiento, mientras no se aporte esta. En el segundo caso, la falta de aportación de georreferenciación alguna no impide seguir con el desarrollo del procedimiento registral, pero la finca tendrá una existencia meramente literaria y se declarará no coordinada gráficamente con el Catastro.

Si hay georreferenciación en formato GML aportada en el título, el registrador, previa su extracción e incorporación a su aplicación informática y publicación de la alerta geográfica, pasará al segundo momento de esa calificación: la determinación del elemento de comparación con la representación gráfica aportada: la base gráfica registral auxiliar.

5.2.2. Coherencia entre descripción registral y georreferenciación auxiliar

Es esta una operación de carácter gráfico, que requiere la utilización de un sistema de información geográfica. A esta fase, quizás, no se le haya dedicado la importancia que requiere, pero es necesaria para una mejor fundamentación de la calificación de la georreferenciación aportada en el título.

Se cree erróneamente, a nuestro juicio, que la descripción del folio registral debe compararse directamente con la georreferenciación aportada en el título, principalmente catastral. Pero esta comparación directa obvia el carácter actual de la descripción catastral y el carácter histórico de la descripción registral, que determina que estamos ante elementos de comparación no homogéneos, que requiere de un previo tratamiento, que requiere un análisis espacial previo del folio registral, para tratar de determinar la coherencia o incoherencia de esa descripción literaria histórica con un determinado recinto geográfico, que no

es el aportado por las partes, sino derivado de aquel material oficial de que disponga el registrador competente.

Esta operación trata de asignar al código registral único de una finca registral un concreto recinto cartográfico, determinado por una serie de coordenadas, en formato GML. Es una operación interna del Registro, por la que se va a determinar el otro de los elementos cartográficos a comparar con la georreferenciación aportada en el título, en su caso.

Y ello es así porque la calificación registral gráfica, en sentido técnico, requiere la comparación de dos recintos cartográficos, como se desprende del artículo 9.

Se ha dicho que la formación de esta base gráfica registral con valor auxiliar debe partir de la aportada por las partes. No compartimos esta afirmación. El registrador de la propiedad a la hora de determinar la correspondencia entre el recinto aportado, que será principalmente catastral y el que resulta del Registro, ha de disponer del mejor material posible, teniendo en cuenta que los fines del Registro y los del Catastro son distintos. Así, mientras la descripción de una finca registral puede llevar años sin modificarse, la de las parcelas catastrales se actualiza constantemente, sin que esas actualizaciones se depuren jurídicamente, pues la función principal del Catastro, sin perjuicio de otras auxiliares, es la fiscal y debe someter a tributación todo acto que refleje una capacidad económica del sujeto pasivo, aunque ello no responda a una situación jurídica regular y derive de situaciones de puro hecho, pues es la realidad física lo que se somete a tributación.

Esta acción se ha denominado también como identificación geográfica de la finca, para localizarla sobre la cartografía catastral, básica para identificar o localizar las fincas registrales (art. 10.1 de la LH). Pero, siendo la referencia catastral el criterio localizador principal, existen otros subsidiarios, siempre que estos se utilicen sobre la cartografía catastral y se incorporen a la aplicación informática homologada GEOBASE 4. Así, dispone el artículo 9 b) párrafo 8º de la Ley Hipotecaria: *«A efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, en los supuestos de falta o insuficiencia de los documentos suministrados, el Registrador podrá utilizar, con carácter meramente auxiliar, otras representaciones gráficas disponibles, que le permitan averiguar las características topográficas de la finca y su línea poligonal de delimitación»*.

Esas otras representaciones gráficas disponibles pueden ser:

1. Una representación gráfica identificada por el registrador con carácter previo a la Ley 13/2015, utilizando una referencia catastral ya inscrita, como medio principal, o mediante un localizador subsidiario, como el número de parcela de una reparcelación.
2. La representación gráfica que deriva de los planos georreferenciados de los actos de transformación del suelo aprobados por el Ayuntamiento y depositados en el Registro.

3. La cartografía catastral histórica, correspondiente al año de la última inscripción de dominio de la finca en el Registro de la Propiedad, siempre que esté digitalizada, pues conforme al número 2.3 a) de la resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015 citada: «*La Dirección General del Catastro, a través de su Sede Electrónica, proporcionará a los registradores de la propiedad los siguientes servicios: a) Consulta de la descripción catastral gráfica y alfanumérica de los bienes inmuebles, tanto vigente como de fechas anteriores, y de sus antecedentes*».

4. La representación gráfica elaborada por el propio equipo de la oficina registral con los medios de que disponga.

Esta fase puede terminar con dos resultados posibles:

- a) La correspondencia entre la descripción registral literaria de la finca y la proyección de su recinto geográfico sobre el territorio, cuando las diferencias superficiales entre ambas no superen el 10 % de la cabida inscrita y la finca pueda diferenciarse indubitadamente de sus colindantes. Es lo que antes se denominaba finca validada positivamente por el registrador (fincas amarillas), por existir esa coherencia, que se expresaba mediante nota al margen del asiento practicado.
- b) La falta de correspondencia entre la descripción literaria de la finca y su proyección geográfica, cuando no se cumplen los requisitos anteriores, que revelan la existencia de una discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física, que requiere una subsanación. Es decir, lo que anteriormente se denominaba finca validada provisionalmente por el registrador (fincas rojas), que podía expresarse mediante nota al margen del asiento practicado.

Pero entre esos dos estados distintos, cabe una serie de estados intermedios, pues el concepto de correspondencia no es un concepto unívoco. Con carácter general, puede decirse que la correspondencia se produce cuando el inmueble descrito literariamente en el folio registral es el mismo al que se refiere un determinado recinto geográfico. Pero dentro de este concepto general podemos distinguir varios niveles de correspondencia¹⁵:

1. La no correspondencia absoluta o incompatibilidad, (fincas no localizadas) que se produce cuando entre la finca registral y la base gráfica auxiliar existe incompatibilidad descriptiva, de forma que en ningún caso puede tratarse del mismo inmueble. Normalmente, esta situación se produce

- a) Cuando la referencia catastral inscrita es errónea, lo que sitúa al inmueble en un punto diferente de aquel en el que se ubica realmente la finca. En este caso, el recinto cartográfico no puede quedar asociado al código registral único de la finca.

- b) Cuando la descripción literaria es tan antigua que ninguno de los elementos de individualización de la descripción permiten localizar la finca sobre la realidad cartográfica del territorio.

En este caso, no hay operación gráfica de calificación registral, que consiste en la comparación de dos recintos cartográficos, pues existirá uno solo, el aportado por las partes, que se asignará directamente al código registral único de la finca a la que se refiere el título, calificando el registrador la coherencia entre ambas descripciones literarias.

2. La correspondencia de primer nivel, es decir, la finca ubicada o geolocalizada sobre el territorio, pero con problemas para determinar la correspondencia con la descripción literaria: las fincas rojas.

Esta correspondencia básica entre la descripción literaria y el recinto auxiliar, tiene lugar cuando el registrador llega a la conclusión de que ambos se refieren a un inmueble situado en la misma porción de territorio, pero con incoherencias descriptivas que impiden garantizar el perímetro trazado por las coordenadas, ni las superficies, basándose la localización en un conjunto de elementos indiciarios. En esta categoría se pueden incluir todas aquellas fincas que pueden ubicarse en el territorio, sin referencia catastral asociada y sin poder garantizar el perímetro trazado por coordenadas geodésicas.

Las consecuencias de esta correspondencia básica son:

- a) La finca registral queda geolocalizada provisionalmente en la aplicación informática GEOBASE 4, con valor auxiliar sin garantizar su perímetro y superficie.
- b) Asignación a ese recinto gráfico de un determinado código registral único de la finca, cuyo historial queda asociado con la porción del territorio correspondiente, aunque solo sea a efectos internos de calificación registral.
- c) Producida la asociación entre finca y recinto, este ya no podrá ser asociado posteriormente a otra finca, sino en la forma prevista por la ley para ello.
- d) Este nivel básico de correspondencia también permite apreciar la información territorial geográfica de carácter público, que pueda incidir sobre ese recinto cartográfico vinculado a una finca, que permitirá emitir el juicio de legalidad sobre su georreferenciación. Así, se podrá relacionar la representación geográfica auxiliar con las cartografías temáticas especiales de montes, costas, vías pecuarias, etc. No obstante, la falta de un perímetro garantizado no va a permitir establecer relaciones topológicas (colindancia, intersección, inclusión) con precisión, pero si va a proporcionar una información valiosa para descartar en unos casos, o afirmar en otros, que una finca resulta afectada por una determinada limitación administrativa, urbanística o medioambiental.

- e) Al detectar las incoherencias descriptivas, se facilita la subsanación de los defectos que impiden la inscripción gráfica.

3. La correspondencia de segundo nivel se produce cuando la finca registral está geolocalizada a través de la referencia catastral, consultada de oficio por el registrador, que tiene a su disposición toda la cartografía catastral, sobre la que ha de identificar las fincas registrales (art. 10.1 de la LH), pero sin constar inscrita en el Registro, siendo las diferencias superficiales entre la descripción literaria y la representación gráfica superiores al 10% de la cabida inscrita, o su geolocalización no permite distinguir la finca en cuestión de las colindantes, pues alguna aparece afectada por la geolocalización de la descripción. A nuestro juicio, el criterio de la diferencia superficial no debe ser definitivo para no poder lograr esta correspondencia de segundo nivel, si el registrador no tiene dudas respecto a que la geolocalización de la finca, a través de su referencia catastral coherente con la descripción registral, si no hay colindantes afectados.

Piénsese por ejemplo en una finca que linda por sus cuatro vientos con linderos fijos, según la descripción registral y según la georreferenciación de la que dispone el registrador, que mide 1000 metros cuadrados según Registro y 1150 metros cuadrados según la georreferenciación con valor auxiliar de calificación. Esta “validación” o incorporación a la capa auxiliar no produce ningún efecto jurídico ni se puede expedir publicidad registral de ella, sino que tiene un mero valor auxiliar de calificación. El resultado de esa asociación de la referencia catastral aportada no es neutro.

Si esa referencia catastral se declara correspondiente con la identidad de la finca registral por el registrador, podrá geolocalizarse la finca registral en el sistema de bases gráficas registrales del Distrito Hipotecario y podrá inscribirse posteriormente la referencia catastral, la cual quedará asignada al código registral único de la finca.

Si se declara no correspondiente, la finca quedará geolocalizada, pero la referencia catastral no podrá inscribirse en el asiento posteriormente.

3. La correspondencia de tercer nivel de finca geolocalizada con un recinto cartográfico coherente con la descripción literaria, bien porque:

- a) Tenga una referencia catastral ya inscrita, pero no identificada geográficamente. El registrador en la aplicación informática de calificación auxiliar, validará su perímetro georreferenciado y la superficie, con valor auxiliar de calificación, distinto de la inscripción, que no se ha practicado, bien porque no se ha iniciado el procedimiento de inscripción, bien porque no se han efectuado las notificaciones a titulares inscritos y a los colindantes.
- b) Se han localizado sobre la cartografía catastral mediante procedimientos distintos al de la referencia catastral, partiendo del análisis del folio re-

gistrar, sin perjuicio de que siempre podrá compararse con la referencia catastral asignada al recinto utilizado.

Aquí incluimos las antiguas fincas validadas en amarillo (o definitivamente en el sistema de bases gráficas registrales), como aquellas que no se habían validado pero contaban con una referencia catastral inscrita, cuya georreferenciación es coherente con la descripción de la finca en el título, a juicio del registrador, como las que a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 puedan identificarse en la aplicación, como resultado del análisis espacial del folio registral, pero sin llegar a la inscripción gráfica.

Por tanto, la base gráfica auxiliar lleva implícito un juicio del registrador, que ya vincula a un determinado recinto cartográfico un concreto código registral único de finca registral. Pero entre ambos estadios de coherencia e incoherencia, existen diferentes niveles, según partamos de una referencia catastral previamente inscrita, que permite el trasvase de información entre el Registro y el Catastro (art. 48 del TRLCI), o que partamos de referencias catastrales no inscritas, o de medios de localización supletorios y complementarios.

5.3. EL SEGUNDO ESTADIO: LA CORRESPONDENCIA DESCRIPTIVA Y GRÁFICA

Esta es la acción de calificación registral gráfica propiamente dicha, mediante la comparación de dos recintos geográficos y sus respectivas descripciones literarias: la registral y la aportada.

Es una operación de correspondencia literaria y gráfica, con la que el registrador trata de determinar que la descripción literaria de la finca registral con su georreferenciación auxiliar, ubicada sobre la cartografía catastral, se refiera al mismo recinto y tenga la misma delimitación, ubicación y configuración geográfica que la derivada de la representación gráfica aportada para su inscripción registral. Sin esa correspondencia no se puede incorporar ninguna georreferenciación al folio real.

5.3.1. *El análisis literario de correspondencia descriptiva*

Este análisis consiste en comparar las descripciones literarias registral y aportada, que puede realizarse sin necesidad de la utilización de un sistema de información geográfica. Pero, para una mejor fundamentación de esa calificación, esta debe apoyarse en el uso y consulta de la aplicación informática GEOBASE 4, con los instrumentos cartográficos mínimos determinados por la Ley, más los que el registrador juzgue conveniente incorporar, atendidas las circunstancias geográficas de su distrito hipotecario.

Como decíamos, pasamos de un sistema de transcripción de la descripción a un sistema de calificación de la descripción y de su ubicación o localización geográfica sobre el territorio. Así, ya comienza disponiendo el artículo 9.1: «*Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:...*». Luego, todas las circunstancias del asiento están sujetas a la previa calificación del registrador.

El artículo 9.1 a) se refiere a las circunstancias descriptivas de la finca, que son: «*su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible. Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10. Cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera*».

5.3.1.1. La situación física detallada

La descripción de la finca comienza con su situación física detallada, que comprende los datos relativos a su naturaleza, linderos y superficie, para que el registrador puede situar la finca en un determinado espacio geográfico. Esta calificación, no es una novedad respecto a la legislación anterior. Ello requiere el análisis de los datos de ubicación aportados y comparados con los que resultan del contenido del Registro, para comprobar su coherencia. Si no lo son, deberá exigir la acreditación de las alteraciones. Esos datos que expresan la situación física detallada son, a título de ejemplo:

- a) Si fuere urbana, el número de la parcela resultante en una reparcelación, el nombre de la calle y número de gobierno, el nombre del edificio en su caso, el ordinal que ocupa una determinada construcción en una determinada hilera de construcciones.
- b) Si fuere rústica, el nombre de la partida en la que se encuentra la finca, el número de polígono y parcela.

Si los datos aportados por las partes son distintos de los que resultan del Registro, el registrador ha de solicitar su acreditación, salvo que tenga conocimiento o seguridad de los mismos, o disponga de la documentación acreditativa de los cambios en el archivo del Registro. Así, respecto de las fincas urbanas

dispone el artículo 437 del RH: «Los Alcaldes darán parte a los Registradores de las alteraciones introducidas en los nombres y numeración de calles y edificios y de cualquiera otra que afecte a la determinación de las fincas. Los Registradores, en su vista, harán constar la alteración en los índices y, cuando se practique una nueva inscripción, en los asientos de las mismas fincas, siempre que en el documento presentado se consignen las nuevas circunstancias. Los interesados podrán solicitar, verbalmente o por escrito, la extensión, al margen de la última inscripción, de una nota relacionando el acuerdo del Municipio, su fecha y las circunstancias que rectifiquen, de conformidad con el correspondiente oficio de la Alcaldía, haciéndose referencia al número y legajo en que estuviere archivado».

a) La naturaleza

El artículo 51.1ª del RH interpreta la expresión “situación”, en lo referente a la naturaleza, al disponer: «La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana, el nombre con las que las de clase sean conocidas en la localidad, y en aquellas, si se dedican al cultivo de secano o de regadío y, en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y a otro».

El registrador puede comprobar esa afirmación sobre la naturaleza de la finca por lo que resulte del Registro, si coincide la misma. Si no coincide, debe acreditarse ese cambio de naturaleza con la correspondiente documentación administrativa. También puede comprobar esa naturaleza, a efectos informativos, por lo que resulte de la información territorial asociada a su aplicación homologada, sobre la clasificación del suelo.

Calificada esa naturaleza rústica o urbana, la calificación de los restantes extremos relativos a esa situación física detallada se desdobra, según la naturaleza sea rústica o urbana, pues continua disponiendo el artículo 51 del RH: «Segunda. La situación de las fincas rústicas se determinará expresando el término municipal, pago o partido o cualquier otro nombre con que sea conocido el lugar en que se hallaren; sus linderos por los cuatro puntos cardinales; la naturaleza de las fincas colindantes; y cualquier circunstancia que impida confundir con otra la finca que se inscriba, como el nombre propio si lo tuviere. En los supuestos legalmente exigibles se hará constar la referencia catastral del inmueble. Tercera. La situación de las fincas urbanas se determinará expresando el término municipal y pueblo en que se hallaren; el nombre de la calle o sitio; el número si lo tuvieren, y los que hayan tenido antes; el nombre del edificio si fuere conocido por alguno propio; sus linderos por la izquierda (entrando), derecha y fondo; la referencia catastral en los supuestos legalmente exigibles; y cualquier otra circunstancia que sirva para distinguir de otra la finca descrita. Lo dispuesto en este número no se opone a que las

fincas urbanas cuyos linderos no pudieran determinarse en la forma expresada se designen por los cuatro puntos cardinales».

Por tanto, se añade un elemento más, cual es el término municipal en el que se ubique la finca, que es un criterio determinante no solo de la situación física detallada, sino también de la competencia registral, como se desprende del artículo 2 del RH.

b) Linderos

La expresión de los linderos en la descripción de la finca no supone novedad respecto a la legislación anterior. Sin embargo, hasta la Ley 13/2015, bastaba un sistema elástico de identificación de las fincas colindantes por referencia a las personas de sus propietarios, porque posiblemente era el único medio de individualizar la finca en el tráfico, cuando se promulgó la Ley Hipotecaria.

Tras la Ley 13/2015, esta es una operación que alcanza una nueva dimensión, para conseguir que en la descripción de las fincas se expresen los linderos reales de las mismas, pues las fincas lindan con otras fincas y no con las personas concretas y determinadas, sean físicas o jurídicas, públicas o privadas, que ostenten su titularidad.

El registrador ha de intentar establecer la correspondencia entre los linderos que figuran en el Registro y los aportados por el propietario o titular del derecho real que comparece en el título público. Para ello ha de ayudarse de dos fuentes de información:

- a) La certificación catastral descriptiva y gráfica, en la que aparece la relación de parcelas catastrales colindantes, respecto de los cuales deberá intentar establecer la correspondencia con los linderos registrales.
- b) La aplicación informática homologada auxiliar GEOBASE 4, en la que en virtud de otras operaciones registrales previas, haya identificado geográficamente las fincas registrales colindantes. Es decir, haya asignado a una determinada geometría el código registral único de una finca concreta y determinada. En ese caso, si el lindero es personal, declarará la correspondencia de este con el código registral único asignado a la finca colindante en cuestión. Así se irá eliminando paulatinamente de la descripción las referencias a los linderos personales y la conversión de las descripciones literarias elásticas en descripciones perimetrales.

Si las fincas colindantes no está identificadas geográficamente, el registrador ha de tratar de identificarlas, utilizando para ello el archivo del Registro y la certificación catastral descriptiva y gráfica aportada. Cuando pueda establecer

esa correspondencia, deberá dejar constancia de ellos en el asiento, procediendo a la actualización del lindero, para lograr una descripción preferentemente perimetral «sobre la base de datos físicos referidos a las fincas colindantes o datos catastrales de las mismas tomados de plano oficial» (art. 51.4 del RH). Si no puede identificar geográficamente la finca colindante, no procederá a actualizar el lindero, aunque podrá hacerlo en un momento posterior, cuando la finca colindante entre en el tráfico jurídico, momento en el que esa identificación quedará archivada en la aplicación homologada y permitirá la actualización en una operación registral posterior sobre esa finca en cuestión.

Es una operación de doble dirección: del asiento al sistema de información geográfica y del sistema de información geográfica al asiento, para lograr esa descripción perimetral.

c) La superficie

La mención de la superficie en el artículo 9, supone la elevación a rango legal de la circunstancia del artículo 51.4 del RH que dispone: «*La medida superficial se expresará en todo caso y con arreglo al sistema métrico decimal, sin perjuicio de que también se haga constar la equivalencia a las medidas del país*».

La superficie resulta de la declaración de las partes en el título, pero tras la Ley 13/2015, se trata de lograr la coordinación entre el Registro y el Catastro. Para ello, establece una regulación especial con respecto a la superficie, al posibilitar que la superficie que haya de constar en el asiento sea distinta, dentro de un cierto margen, de la que resulta del título.

Así, cuando existan diferencias entre la superficie inscrita y la que resulta de la certificación catastral descriptiva y gráfica, incorporada al título, el notario preguntará a los otorgantes si la descripción catastral coincide con la realidad física del inmueble y si responden que sí, la describirá por lo que resulte de la misma (art. 18.2 del TRLCI).

En ese caso, el registrador calificará que esa diferencia superficial sea inferior al 10% de la cabida inscrita:

- a) Si es inferior a ese 10%, podrá rectificar la superficie inscrita previamente en la descripción literaria de la finca, si califica positivamente la incorporación de la georreferenciación catastral aportada, notificándolo a los titulares de derechos inscritos, para que puedan conocerlo, conforme al artículo 91.b) párrafo 7º.
- b) Si es superior al 10% de la cabida inscrita, en ese caso, la Ley presume una discordancia entre la realidad física registral y extrarregistral, que requiere que se solicite su subsanación, mediante la tramitación de los

expedientes del artículo 199 ante el registrador competente, o del 201.1 ante el notario hábil. Y en ese caso, la superficie será la que resulte de la georreferenciación, cuya incorporación requiere la culminación con éxito de todos los trámites del expediente en cuestión.

- c) Si alegase una inexactitud catastral, ante Catastro puede subsanar la discrepancia mediante el procedimiento que se regula en el artículo 18.2 c), o podrá subsanar la discordancia entre el Registro y la realidad física extrarregistral, alegando la inexactitud catastral, aportando una georreferenciación alternativa a la catastral e iniciando un expediente del artículo 199 o del 201.1 de la LH.

5.3.1.2. Las edificaciones

Tratándose de edificaciones, tras la Ley 13/2015, se exigen dos circunstancias más:

1. Que se identifique mediante sus coordenadas de referenciación geográfica la porción del suelo ocupado por la edificación (art. 202). Dichas coordenadas habrán de situarse por el registrador en la aplicación informática GEOBASE 4, para determinar que las mismas se ubican exclusivamente en el perímetro de la finca en la que se declara la obra nueva, aunque su georreferenciación no sea de incorporación obligatoria al asiento.

2. Que se exprese que el Libro del Edificio ha quedado archivado en el Registro a disposición de los interesados, salvo que por su antigüedad no fuere exigible, o cuando fuere dispensada su exigencia por la legislación autonómica. Este deberá presentarse en el formato electrónico determinado en la resolución Conjunta de 26 de octubre de 2015. Además, para completar la descripción, dispone el artículo 202 in fine *«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»*. El registrador habrá de calificar que el título llega acompañado de dicho formato electrónico, ya sea acompañando a la escritura, o en la forma pública que determine la legislación autonómica competente.

Este requisito es digno de un estudio más detenido. Y sobre todo de un necesario desarrollo reglamentario, sobre la base de una implementación y gestión electrónica del libro del edificio, alojado en soporte electrónico en el Registro de la Propiedad y gestionado por la persona designada por la Comunidad de Propietarios, mediante certificados de firma electrónica, que permitan la permanente actualización de su contenido y la puesta a disposición diaria de su información para todos los usuarios.

5.3.1.3. La clasificación urbanística, medioambiental o administrativa

Dispone el último inciso del artículo 9.1 a), cuando dispone: «*Cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera*».

Se caracteriza la misma porque no se hace constar en el cuerpo de la inscripción, sino por nota marginal. Con ello parece que quieren limitarse sus efectos a los de mera publicidad noticia, propia de algunas situaciones urbanísticas. Además, para poder hacerse constar debe resultar acreditada, planteándose la cuestión relativa a su forma de acreditación.

El precepto trata de referirse a lo que se había venido denominando información territorial asociada, definida como las especiales calificaciones jurídicas de sectores determinados del territorio, representadas geográficamente por las autoridades públicas que las generan, publicadas oficialmente, o en su caso, comunicadas al Registro de la Propiedad, mediante tecnologías de intercambio de información geográfica y de las cuales resultan condiciones restrictivas o expansivas al dominio delimitador de las fincas registrales¹⁶.

Y la calificación registral gráfica debe tener en cuenta esta información, incorporada al contenido del Registro mediante la técnica de asociar información territorial, pues como reconoció la RDGRN 19 de mayo de 2010, «*calificar es determinar si, conforme a la ley, procede o no practicar el asiento sobre el hecho cuya registración se solicita*», y la STSJ de Tenerife 16 de octubre de 2012: «*la función calificadora, en tanto que sujeta al principio de legalidad, debe contemplar la totalidad del Ordenamiento Jurídico*».

Sin embargo, el artículo 9 efectúa, a nuestro entender, un tratamiento equivocado de la misma, pues aunque está pensando en una información que es electrónica y gráfica, como lo demuestra el hecho de que se exprese la fecha a la que la misma se refiera, le da un tratamiento literario, al permitir su reflejo mediante nota marginal, cuando la información territorial asociada a la aplicación GEOBASE 4 es un elemento que integra el escenario de calificación registral gráfica, configurado como contenido del Registro, a tener en cuenta para calificar, pero sin que la misma resulta de los folios registrales, por gozar de una publicidad legal.

Lógicamente, si se acredita esa calificación mediante certificado administrativo como, por ejemplo, una licencia de obras que expresa la calificación del suelo de la finca sobre la que se declara la obra nueva, no hay problema para entender acreditada la naturaleza, expresando en la nota marginal su fecha y la identidad del funcionario que la ha expedido.

Pero, a nuestro entender, no es ese tipo de información a la que se refiere el artículo 9.1 a), en su inciso final, sino a la que resulta de la consulta a la aplicación informática GEOBASE 4, uno de cuyos requisitos de homologación,

precisamente, era según la DA 1ª de la Ley 13/2015: «permitir, a través de servicios de mapas web en línea, enlazar e interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste (...) con aquellas otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado». Y además, conforme a la DA 5ª.1: «Los municipios, en el plazo de tres meses desde la publicación de esta Ley, pondrán a disposición de los Registradores, para su incorporación a la aplicación informática auxiliar a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, un acceso mediante servicio de mapas web a todos los planes urbanísticos generales y de desarrollo, debidamente georreferenciados y metadatos, así como a sus modificaciones aprobadas definitivamente y en vigor». En ese caso, la consulta a estos instrumentos, permite entender acreditada la clasificación y calificación y poder hacer constar esta por nota marginal.

Pero, la posibilidad de hacer constar esa calificación por nota marginal, no parece adecuada, pues no responde a la técnica registral de operar finca por finca, sino que se refiere a un sector determinado del territorio. Además, muchos de esos servicios de mapas web que se consultan tienen un mero valor informativo y pueden tener valor auxiliar de calificación, pero no deben tener reflejo registral.

Por ello, entendemos que, salvo que se cumplan los requisitos legales y la información proceda directamente de la fuente con efectos jurídicos, sea literaria o electrónica, y no con valor informativo, podemos tener en cuenta esa información territorial para calificar la legalidad de la descripción, pero no puede producir asiento alguno, salvo que se acredite para esa finca concreta y determinada mediante certificación administrativa¹⁷.

La calificación registral de la conformidad del hecho con lo que resulta de la información territorial asociada a la georreferenciación debe diferenciarse de la calificación de la propia representación geográfica georreferenciada, por las siguientes razones¹⁸:

- a) La representación geográfica georreferenciada no contiene información distinta de la relativa a la descripción de la finca, a diferencia de la información territorial que se asocia al contenido del folio registral, para una mejor delimitación del derecho inscrito.
- b) La representación geográfica georreferenciada se aporta en el título, mientras que la información territorial geográfica se asocia en la aplicación informática GEOBASE 4, siendo la traducción de la técnica interoperabilidad a que se refiere el artículo 3.5 de la Directiva INSPIRE.
- c) La posibilidad de una calificación fundada en la información asociada presenta dificultades, al no resultar del contenido del Registro, según el

artículo 18, pero el registrador al calificar debe tener en cuenta todo el ordenamiento jurídico, por lo que la información asociada es un elemento complementario del registrador para el mejor desarrollo de sus funciones, al gozar de publicidad legal¹⁹.

5.3.1.4. La referencia catastral

La calificación de la correspondencia de la referencia catastral ya era necesaria antes de la Ley 13/2015. Consiste en el análisis de la descripción literaria de la parcela catastral, a la que se refiere dicha referencia, con la de la finca registral, descrita en el asiento.

Lo primero que ha de analizar el registrador es si estamos ante un acto jurídico que requiere aportación de la referencia catastral o no, pues dispone el artículo 38 del TRLCI que la referencia catastral de los bienes inmuebles deberá figurar en los títulos públicos inscribibles y se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos, quedando excluidos, conforme al artículo 39 del TRLCI, en: «a) *Los documentos en que conste la cancelación de derechos reales de garantía.* b) *Los actos administrativos por los que se adopten o cancelen medidas tendentes a asegurar el cobro de deudas de derecho público.* c) *Los procedimientos que tengan por objeto los aplazamientos o fraccionamientos de pago regulados en la normativa recaudatoria y en los procedimientos de comprobación, investigación y liquidación tributaria, cuando dicha referencia sea ya conocida por la Administración tributaria.* d) *Las anotaciones que deban practicarse en el Registro de la Propiedad en cumplimiento y ejecución de una resolución judicial o de una resolución administrativa dictada en procedimiento de apremio*». En estos casos no se requiere aportar la referencia catastral ni el registrador tiene que ejercitar calificación de correspondencia.

Si se aporta, el registrador debe calificar la correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca registral, expresada a través de su código registral único. Esta operación se regula en el artículo 45 del TRLCI, cuando dispone: «*A efectos de lo dispuesto en este título, se entenderá que la referencia catastral se corresponde con la identidad de la finca en los siguientes casos: a) Siempre que los datos de situación, denominación y superficie, si constara esta última, coincidan con los del título y, en su caso, con los del Registro de la Propiedad.* b) *Cuando existan diferencias de superficie que no sean superiores al 10 por ciento y siempre que, además, no existan dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos. Si hubiera habido un cambio en el nomenclátor y numeración de calles, estas circunstancias deberán acreditarse, salvo que le constaran al órgano competente, notario o registrador*».

Esta operación debe realizarse cada vez que ingrese un título relativo a la finca en el Registro, para actualizar la información, pues es preciso para determinar:

- a) Que la referencia catastral asignada antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 es correcta, pues puede ser inexacta, debido a la imprecisión de sus medios de acreditación.
- b) Que no ha habido alteración catastral, no constatada registralmente, derivada de la normativa específica de Catastro, que pueda determinar la no correspondencia de esa referencia catastral. Por ejemplo, porque se ha producido una agrupación o segregación en Catastro, que no se ha inscrito en el Registro.

Los resultados de ese análisis determinarán que el registrador declare la referencia catastral como correspondiente, dudosa o no correspondiente:

1. Si se cumplen estos requisitos, el registrador declarará correspondiente la referencia catastral, siendo una competencia exclusiva de este. Es esencial el que el registrador no tenga dudas fundadas sobre la identidad de la finca derivadas de otros datos descriptivos.

2. Si hay diferencias superficiales superiores al 10 % de la cabida inscrita, el registrador puede declarar la correspondencia de la referencia catastral con el CRU como dudosa, pues no puede afirmar con absoluta seguridad que ambos recintos se correspondan con la misma porción de territorio, quedando asignado el CRU a la geometría aportada, con carácter provisional, en la aplicación homologada GEOBASE 4.

Las consecuencias de la decisión del registrador respecto de la de correspondencia o no de la referencia catastral con el CRU de la finca registral son:

a) Si se corresponde, lo hará constar la inscripción, conforme al artículo 9 de la LH y el artículo 38 del TRLCI, sujetándose a los principios hipotecarios de legitimación y fe pública, por formar parte del contenido del asiento. Pero, no debemos olvidar que finca registral y parcela catastral son realidades conceptuales diferentes, lo que nos obliga a hacer una serie de precisiones:

1. Una misma referencia catastral puede estar asignada a varias fincas registrales, porque actualmente su descripción respectiva no está coordinada y en supuestos como este será complicada su coordinación gráfica. Pero, con ello se permite que cuando la referencia catastral que conste en el asiento no sea la correcta, puede inscribirse la correcta en un asiento posterior. Aunque, los registradores en su calificación deberán extremar las cautelas para no incorpo-

rar la misma referencia catastral a dos fincas registrales. Esta situación lo que impedirá será el posterior análisis de correspondencia y coordinación gráfica, pues no se sabe por dónde va la línea de coordenadas de georreferenciación que separan las fincas registrales, si no se alega la inexactitud catastral y se insta un expediente por la vía del artículo 199.2.

2. A una sola finca registral pueden corresponder dos o más referencias catastrales por estar formada por la yuxtaposición de esas concretas parcelas catastrales. Ello no impide la posterior coordinación gráfica, si se cumplen los requisitos, consistente en la eliminación de la línea de coordenadas interior, que separan las parcelas catastrales, manteniendo inalterado el perímetro externo.

La declaración de correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca registral, es decir con el código registral único implica que el trasvase de información entre el Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario sea posible (art. 48.1 del TRLCI), pero no sustituye a la descripción de la finca, ni implica incorporación inmediata al folio registral de los datos que sobre naturaleza, linderos y superficie figuren en el Catastro.

Solo implica la localización de la finca descrita en el título mediante su referencia catastral, pero no que la descripción de la finca tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se puedan inscribir en tal caso todas las diferencias basadas en certificación catastral descriptiva y gráfica, como ha declarado la RDGRN de 22 de febrero de 2018, entre otras. En este sentido, destacamos el Fundamento de Derecho 4º de la RDGRN de 4 de diciembre de 2013, cuando declara que la referencia catastral de la finca: *«solo implica la identificación de la localización de la finca inscrita, en cuanto a un número de referencia catastral, pero no que la descripción tenga que ser concordante con la del Catastro ni que se pueda inscribir en tal caso las diferencias basadas en la certificación catastral descriptiva y gráfica. Por lo tanto, la referencia catastral no sustituye a la descripción de la finca que figura en el Registro ni implica una incorporación inmediata del cambio de naturaleza, de linderos y superficie catastrales en el folio registral»*. Posteriormente, en el Fundamento de Derecho 5º dispone: *«Es evidente que el recurrente ha realizado todos los trámites precisos para la subsanación o rectificación de los datos catastrales de su finca, peros esos datos limitan sus efectos a la definición e incorporación de las parcelas al propio catastro; mientras que la determinación de la finca registral, como base física del Registro sobre la que se proyectan el dominio y demás derechos sobre bienes inmuebles, debe realizarse por el registrador, el cual, de no cumplirse los requisitos legales señalados anteriormente, como ocurre en este caso, no podrá dar acceso al Registro a la referencia catastral sino de conformidad, exclusivamente, con los procedimientos establecidos en la legislación hipotecaria»*.

La declaración de correspondencia de la referencia catastral y su reflejo registral en el asiento en ningún caso puede equipararse a la coordinación gráfica a que se refiere el artículo 10 LH, pues no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción registral de la finca, como ha declarado la RDGRN de 7 de noviembre de 2017, entre otras. Pero, a nuestro juicio con un argumento erróneo, pues no es porque no se haya solicitado la inscripción de la representación gráfica ni se haya tramitado el expediente correspondiente, como dice la resolución, sino porque todavía no se ha efectuado el juicio de correspondencia gráfica, consistente en la comparación de los dos recintos geográficos, como parte del procedimiento registral, con la única diferencia que el legislador ha querido que si ese juicio de calificación es negativo, no se impida la práctica de la inscripción, cuando la georreferenciación es circunstancia potestativa de la inscripción.

b) Si no se corresponde o no se aporta la referencia catastral, ello no impide que pueda seguirse adelante con el procedimiento registral y con la calificación registral, pues conforme a los artículos 43 y 44 del TRLCI, la falta de aportación solo implica el incumplimiento de una obligación fiscal que hay que advertir al interesado en la nota de despacho y expresar por nota al margen del asiento. Aunque los artículos 43 y 44 no se refieren expresamente a ello, esta actuación entendemos que también ha de producirse cuando el registrador declara no correspondiente la referencia catastral, por no cumplirse los requisitos del artículo 45. Ello se equipará con el supuesto de la falta de acreditación de la referencia catastral, cuando se declara no correspondiente por el registrador, de lo que dejará constancia en la nota de despacho y en la nota al margen del asiento expresando la referencia catastral aportada, su no correspondencia y la razón de la no correspondencia.

La correspondencia o no correspondencia de la referencia catastral es un juicio que ha de emitir el registrador cada vez que se presenta un título en el Registro en el que se incorpora una referencia catastral. Del resultado de ese juicio se debe dejar constancia en el asiento.

La RDGRN de 10 de julio de 2018 ha declarado que la calificación de la correspondencia de la referencia catastral con la identidad de la finca no es una calificación en sentido estricto, al no ser susceptible de recurso, por no impedir la práctica del asiento, advirtiendo del incumplimiento de una obligación legal, conforme a los artículos 43, 44 y 45 del TRLCI.

Sin embargo, a nuestro juicio, la decisión de declarar la referencia catastral como no correspondiente impide que la finca pueda coordinarse gráficamente con el Catastro y que se extienda el principio de legitimación a la georreferenciación, por lo que si debiera considerarse como una calificación registral en sentido técnico, susceptible de recurso, aunque se haya practicado el asiento, pues se ha denegado la inscripción de la referencia catastral, por declararse no

correspondiente, lo que impide la coordinación gráfica y por tanto, no se extiende la legitimación registral a la georreferenciación de la finca.

Por ello, para que puedan acceder al Registro los datos identificativos de la parcela catastral, la certificación catastral descriptiva y gráfica incorporada al título debe ser calificada por el registrador, con lo que la Dirección General parece contradecir su afirmación inicial. Para efectuar esa declaración, afirma también la resolución, no solo ha de atenderse a la superficie sino también a los restantes datos descriptivos de la finca a los efectos de valorar la correspondencia de la finca con la parcela catastral.

5.3.2. *La correspondencia gráfica*

El juicio de correspondencia gráfica tiene por objeto determinar que la descripción literaria de la finca registral, identificada geográficamente por el registrador con valor auxiliar, se refiere al mismo recinto y tiene la misma delimitación, ubicación y configuración geográfica que la derivada de la georreferenciación aportada en el título presentado a inscribir en el Registro.

Se regula en el párrafo b) del artículo 9.1 de la LH. Así el párrafo 5º del artículo 9.1 b) dispone: «*La representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público*». La valoración del cumplimiento de estos requisitos será el contenido de la calificación de la correspondencia gráfica que ha de hacer el registrador, lo cual es uno de los pilares del sistema de garantías de la Ley²⁰.

Por tanto, el registrador ha de lograr:

1. Una convicción indubitada sobre la correspondencia de la representación gráfica aportada y la que resulta del contenido del Registro.
2. La no coincidencia total o parcial de la representación gráfica aportada con otra previamente incorporada o inscrita, o con el dominio público, esté inscrito o no.

Para ello debe calificar:

1. La aportación de georreferenciación catastral o alternativa.
2. El análisis de la coincidencia de los dos recintos sobre la misma porción de territorio.
3. Las posibles diferencias superficiales entre la georreferenciación auxiliar y la aportada.

4. La no coincidencia, total o parcial, de la georreferenciación aportada con otra georreferenciación inscrita o con el dominio público.

5.3.2.1. La aportación de la georreferenciación

Esta operación debe realizarse cuando el título presentado incorpore una representación gráfica georreferenciada, es decir, en todo caso, salvo los supuestos excepcionales del artículo 39 del TRLCI. Así, el párrafo 3º del artículo 9.1 b) dispone: *«Para la incorporación de la representación gráfica de la finca al folio real, deberá aportarse junto con el título inscribible la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos en los que la ley admita otra representación gráfica georreferenciada alternativa».*

Por tanto, la regla general es que el título presentado incorporará la georreferenciación catastral de la parcela a la que se refiere el título, y solo por defecto o inexactitud de esta, alegada por los otorgantes, podrá admitirse una representación gráfica alternativa, que deberá cumplir los requisitos del artículo 9.1 b) párrafo 3º, que dispone: *«En todo caso, la representación gráfica alternativa habrá de respetar la delimitación de la finca matriz o del perímetro del conjunto de las fincas aportadas que resulte de la cartografía catastral. Si la representación gráfica alternativa afectara a parte de parcelas catastrales, deberá precisar la delimitación de las partes afectadas y no afectadas, y el conjunto de ellas habrá de respetar la delimitación que conste en la cartografía catastral. Dicha representación gráfica deberá cumplir con los requisitos técnicos que permitan su incorporación al Catastro una vez practicada la operación registral».*

Esos requisitos técnicos son los que determinan el número siete de la resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y del Catastro de 26 de octubre de 2015, que damos aquí por reproducido, circunstancia que habrá de ser calificada por el registrador, el cual podrá comprobar su cumplimiento a través del denominado informe catastral de validación técnica de la representación gráfica alternativa al que se refiere el número 2 de la citada resolución Conjunta, pues puede ayudar a la mejor fundamentación de su calificación registral gráfica.

5.3.2.2. La coincidencia sobre el mismo sector de territorio

El registrador ha de comparar el recinto geográfico georreferenciado aportado con el que resulta del Registro, mediante el análisis del escenario de configuración de la calificación registral gráfica, que configura GEOBASE 4, que contará, como mínimo de la cartografía catastral y la ortofoto PNOA vigente, mediante enlaces WMS. Además:

- a) Podrá conectar con los diferentes Servicios Web de Mapas (WMS) de las Administraciones que generen información territorial, que el registrador considere indispensables, según las características geográficas de su distrito hipotecario, para mejor fundamentar su calificación.
- b) Podrá incorporar otras ortofotos o cartografía vectorial de la que pueda disponer, para la mejor fundamentación de su calificación.

La comparación consistirá en la superposición de los dos recintos geográficos en la aplicación GEOBASE 4, para comprobar que se produce sobre la misma porción de territorio.

En muchas ocasiones será complicado identificar sobre la cartografía catastral la descripción literaria que consta en el folio registral, si todavía no ha sido identificada previamente por el registrador. Si la referencia catastral está inscrita previamente, el análisis de coincidencia gráfica de los recintos es fácil. Bastará con comprobar que la referencia catastral inscrita y la aportada coinciden.

Pero, si la descripción de la finca no contiene información geográfica suficiente para identificar la finca y ubicarla sobre la cartografía básica, no es posible realizar con seguridad el análisis de coincidencia gráfica entre dos recintos geográficos, que implica el juicio de correspondencia. No es seguro comparar términos que no son homogéneos, como la descripción que consta en el folio y la georreferenciación que ahora se aporta. La coincidencia geográfica sobre la misma porción de territorio no puede reducirse a comparar una descripción registral histórica con una georreferenciación actual. Simplemente, se denegará la incorporación de la georreferenciación, si no puede afirmarse con seguridad la identificación sobre la misma porción de territorio.

5.3.2.3. Las diferencias superficiales entre la georreferenciación auxiliar y la aportada

La aportación de la georreferenciación en el título permite la comparación con el recinto georreferenciado identificado en la capa auxiliar de representaciones gráficas, cuya superficie puede no coincidir con la del asiento. Pero, la circunstancia que determina la posible incorporación de la georreferenciación, a través del procedimiento del artículo 9 de la LH, es que la diferencia superficial entre la georreferenciación aportada y la inscrita en el asiento, de existir, sea inferior al 10% de la cabida inscrita.

Esas diferencias no deben impedir la perfecta identificación de la finca ni su diferenciación respecto a las colindantes.

No es un margen de tolerancia técnica entre dos mediciones, sino tan solo un elemento de comparación entre una representación gráfica fiable métricamente y una descripción literaria, imprecisa, elástica o aproximada, georreferenciada

sobre una cartografía básica. De no haberse hecho así, el anterior sistema de descripción de las finca registrales habría impedido, en la práctica totalidad de los casos proceder a establecer la correspondencia para incorporar la representación gráfica de las fincas registrales²¹.

Pero, qué ocurre si el registrador puede identificar la finca registral sin duda respecto de sus colindantes, ubicar la georreferenciación aportada sobre la misma porción de territorio de la finca y diferenciarla perfectamente respecto de las colindantes, pero existen entre la georreferenciación aportada y la georreferenciación resultante de la descripción literaria de la finca, diferencias superficiales superiores al 10% de la cabida inscrita. La respuesta es clara, el registrador no puede incorporar la georreferenciación aportada en el seno del procedimiento registral, sino que debe existir una petición expresa o tácita de solicitar la subsanación de la discordancia entre la realidad física extrarregistral y la jurídica registral, por parte del titular registral, mediante un expediente del artículo 199 o 201.1 de la LH.

Pero, si las diferencias son inferiores y se cumplen las demás circunstancias que permiten al registrador declarar la correspondencia gráfica, cuando se practique el asiento, la superficie de la finca será la que resulte de la georreferenciación que se incorpore al asiento (art. 9.1 b) párrafo 7º de la LH).

5.3.2.4. La no coincidencia de la georreferenciación aportada con otra ya inscrita

El artículo 9.1 b) de la LH regula en este inciso el reflejo geográfico de la inoponibilidad registral del artículo 32 de la LH, que trataremos en otro artículo, conjuntamente con la vertiente geográfica del principio de prioridad registral.

Este análisis deriva de la superposición de la georreferenciación aportada con la capa auxiliar de representaciones gráficas del distrito hipotecario correspondiente, en la que constarán las diferentes representaciones gráficas identificadas por el registrador sobre la cartografía catastral básica, con sus diferentes estados tematizados por colores (como mínimo, verde las inscritas, amarillo las coherentes con la descripción literaria y rojo las incoherentes con la descripción literaria, con sus diferentes niveles de correspondencia).

Pero, solo la coincidencia total o parcial de la georreferenciación aportada con otra previamente incorporada, impide su incorporación. En este caso, el registrador debe denegar la incorporación, pues la misma exigirá la aportación de otra georreferenciación, de común acuerdo entre los dos colindantes, que precisen el trazado del lindero entre sus propiedades. Es decir, un deslinde parcial.

Si la georreferenciación colindante que coincide total o parcialmente con la aportada no está inscrita, en este caso, el registrador suspenderá la incorporación o inscripción de la georreferenciación aportada, pudiendo subsanarse el defecto si se aporta una georreferenciación corregida que respete la georreferenciación

invasión, o se presente una alternativa, solicitando el inicio de un expediente del artículo 199 de la LH, para subsanar la discordancia con la realidad física.

5.3.2.5. La no invasión del dominio público

El artículo diferencia la posible coincidencia, total o parcial, de la georreferenciación aportada con otra previamente inscrita de la invasión del dominio público. El precepto se refiere a todo el dominio público, esté o no esté inscrito. Ello choca con lo dispuesto por la Ley Sustantiva en la materia, cual es la 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones públicas, pues:

- a) El artículo 36 impone la inscripción obligatoria de los bienes de las Administraciones públicas, sean demaniales o patrimoniales.
- b) El artículo 39 obliga a los registradores, cuando tuvieren conocimiento de la existencia de bienes o derechos pertenecientes a las Administraciones públicas que no estuvieran inscritos debidamente, lo comunicarán a los órganos a los que corresponda su administración, para que por estos se inste lo que proceda.
- c) La disposición transitoria 4ª dispone que para el cumplimiento de la obligación de inscripción del artículo 36, respecto de los bienes demaniales de los que las Administraciones públicas sean actualmente titulares, estas tendrán un plazo de cinco años, contados a partir de la entrada en vigor de esta ley.

A pesar de ello, el artículo 9 de la LH contempla la posibilidad de dominio público no inscrito para protegerlo de posibles invasiones derivadas de actuaciones de los particulares, olvidando que la mejor forma de defender el dominio público es mediante la inscripción de su dominio incorporando la georreferenciación resultante del mismo.

Para que el registrador pueda comprobar esta situación, es preciso que la aplicación informática homologada incorpore la información geográfica relativa a ese dominio, procedente de las fuentes oficiales de información de la Administración competente, como veremos después, al hablar de los medios de la calificación registral gráfica.

5.4. EL TERCER ESTADIO: LA DECISIÓN DE COORDINACIÓN GRÁFICA

El tercer estadio de la calificación registral gráfica es la decisión que ha de tomar el registrador respecto a la coordinación gráfica del recinto geográfico de la finca, que se va a inscribir y la parcela catastral. Esta operación se regula

en el artículo 10 y es una consecuencia de los análisis efectuados en los dos estadios anteriores.

El registrador deberá tener en cuenta la descripción catastral vigente en el momento de la presentación del título en el Registro. Para ello, podrá consultar en la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro la información catastral disponible sobre las fincas afectadas y obtener su certificación catastral descriptiva y gráfica actualizada, sin que la apreciación de la falta de correspondencia pueda basarse exclusivamente en diferencias en la identidad de los titulares catastrales y registrales de las fincas colindantes (número 8 de la resolución Conjunta).

La coordinación entre el Registro y el Catastro es una larga aspiración del legislador, desde la promulgación del RD 1030/1980 de 3 de mayo y también de la doctrina²²

Los estados de la coordinación son tres, a nuestro entender: finca coordinada gráficamente con Catastro, finca pendiente de coordinación y finca no coordinada gráficamente con catastro, porque no se ha incorporado georreferenciación alguna.

1. La finca se declarará coordinada gráficamente con el Catastro en tres casos:
 - a) Cuando se incorpore al asiento una georreferenciación de origen catastral, conforme al artículo 10.2 párrafo 2º de la LH, cuando dispone: *«El Registrador incorporará al folio real la representación gráfica catastral aportada siempre que se corresponda con la descripción literaria de la finca en la forma establecida en la letra b) del artículo anterior, haciendo constar expresamente en el asiento que en la fecha correspondiente la finca ha quedado coordinada gráficamente con el Catastro. Asimismo, el Registrador trasladará al Catastro el código registral de las fincas que hayan sido coordinadas»*.
 - b) Cuando se incorpore una georreferenciación alternativa a la catastral, acompañada de un informe de validación técnica catastral de resultado positivo, que *«contendrá la representación gráfica catastral que resultaría de la alteración catastral de las parcelas, un listado de coordenadas de sus vértices, la superficie obtenida, y, en los supuestos previstos en el artículo 204 de la Ley Hipotecaria o cuando se haya realizado la inscripción, las nuevas referencias catastrales asignadas»* (núm. 2.4 antepenúltimo párrafo de la resolución Conjunta).
 - c) Cuando se incorpore al asiento una georreferenciación alternativa a la catastral, que ha motivado una alteración catastral posterior a la inscripción, lo que se comunicará al registrador, para que haga constar su coordinación gráfica, conforme al artículo 10.3 de la LH, cuando dispone: *«En los supuestos en los 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».

2. La finca se declarará pendiente de coordinación con el Catastro, cuando se haya presentado una georreferenciación alternativa y su informe de validación técnica catastral sea positivo, pero no incorpore la actualización catastral, o negativo, indicando sus causas, sin que existan parcelas catastrales afectadas, pues de existir, se precisa tramitar el expediente del artículo 199.2 de la LH, para subsanar la discordancia. En ese caso, la coordinación se logrará, cuando se cumpla lo dispuesto en la letra c) del número anterior.

3. La finca estará no coordinada gráficamente con el catastro cuando:

a) La georreferenciación catastral no pueda incorporarse, por no haberse aportado georreferenciación, o cuando exista una discordancia de la realidad registral con la física extrarregistral, cuya subsanación no se haya solicitado, o cuando habiéndose solicitado, la tramitación del correspondiente expediente no ha culminado con éxito.

En este caso, «*el Registrador dará traslado de esta circunstancia al Catastro por medios telemáticos, motivando a través de un informe las causas que hayan impedido la coordinación, a efectos de que, en su caso, el Catastro incoe el procedimiento oportuno*» (art. 10.2 último párrafo de la LH). Las causas pueden ser, la no identificación de la finca, lo que impide comprobar que ambas realidades se refieren a la misma porción del territorio, la no correspondencia de la referencia catastral, las diferencias superficiales superiores al 10 % de la cabida inscrita, o la inconsistencia de los linderos, que impide distinguir la finca en cuestión de sus colindantes.

b) La georreferenciación alternativa no provoque la alteración catastral que determine su coordinación gráfica, por impedimentos técnicos que impiden lograr la homogeneidad de la cartografía catastral. En este caso, la finca tendrá una georreferenciación alternativa inscrita, pero sin estar coordinada gráficamente con el Catastro.

VI. PLAZO Y MEDIOS PARA CALIFICAR GRÁFICAMENTE: GEOBASE 4

El plazo para calificar gráficamente es el mismo que para la calificación del negocio o acto jurídico del artículo 18, es decir, 15 días desde la presentación

del título, una vez acreditado el pago del impuesto correspondiente. Este plazo es diferente al de los plazos que resultan de los expedientes que tratan de lograr la concordancia entre el Registro y la realidad física extrarregistral de los arts. 199, 200, 201 y 203 de la LH.

Respecto a los medios para calificar, además de los tradicionales, la Ley 13/2015 añade uno electrónico, conforme al artículo 9.1. b) párrafo 8º, que dispone: *«Todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática suministrada y diseñada por el Colegio de Registradores e integrada en su sistema informático único, bajo el principio de neutralidad tecnológica, para el tratamiento de representaciones gráficas, que permita relacionarlas con las descripciones de las fincas contenidas en el folio real, previniendo además la invasión del dominio público, así como la consulta de las limitaciones al dominio que puedan derivarse de la clasificación y calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente. Dicha aplicación y sus diferentes actualizaciones habrán de ser homologadas por la Dirección General de los Registros y del Notariado, para establecer el cumplimiento de los requisitos de protección y seguridad adecuados a la calidad de los datos».*

Conforme a la DA 1.ª 1.1. *«Para que la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda homologar la aplicación informática registral para el tratamiento de representaciones gráficas, a que se refiere el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, dicha aplicación o sistema de información geográfica habrá de permitir, a través de servicios de mapas web en línea, enlazar e interoperar visualmente, así como realizar análisis de contraste, con la cartografía elaborada por la Dirección General del Catastro y con aquellas otras cartografías o planimetrías, debidamente georreferenciadas y aprobadas oficialmente por las distintas Administraciones competentes en materia de territorio, dominio público, urbanismo o medio ambiente, que fueran relevantes para el conocimiento de la ubicación y delimitación de los bienes de dominio público y del alcance y contenido de las limitaciones públicas al dominio privado».*

La aplicación GEOBASE fue homologada por la RDGRN de 2 de agosto de 2016, pasando a formar parte del contenido del Registro, a tener en cuenta el registrador para calificar, por lo que se integran en el mismo, la cartografía catastral, la ortofoto del PNOA, la información territorial pública de que pueda disponer el registrador para calificar, mediante enlaces web, y la capa auxiliar de representaciones gráficas del distrito hipotecario.

VII. EL RESULTADO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL GRÁFICA

Como ocurre en toda la calificación registral, en su vertiente geográfica, el resultado del análisis puede ser positivo o negativo, respecto a la incorporación o no de la georreferenciación al asiento correspondiente.

7.1. LA CALIFICACIÓN POSITIVA

El resultado de la calificación será positivo, cuando los tres estadios permitan lograr la convicción indubitada sobre la identificación, ubicación y delimitación geográfica de la finca, lo que permitirá entender que existe correspondencia, conforme al párrafo 6º del artículo 9.1 b), cuando dispone: *«Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes»*.

Es decir, si ambos recintos se refieren a la misma porción de territorio y las diferencias de cabida, si las hubiere, fueren inferiores al 10 % de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca y su diferenciación respecto de los colindantes, el registrador no puede alegar dudas en la identidad de la finca y estará en condiciones de incorporar la georreferenciación aportada al asiento.

Cuando practique el asiento, incorporará la georreferenciación aportada, sea esta catastral o alternativa, como una circunstancia más, al no existir discordancia entre el Registro y la realidad física. Los defectos técnicos como los desplazamientos de cartografía no pueden impedir la incorporación de la georreferenciación desplazada, puesto que conforme al número 7.5 de la resolución Conjunta: *«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»*.

En consecuencia, el desplazamiento cartográfico patológico producido por un desajuste de la cartografía catastral, básica para identificar fincas registrales y la ortofoto PNOA, vigente en el momento en que se realiza la calificación, que afecta a una pluralidad de fincas de un polígono, que no varían de geometría, no es un defecto jurídico calificable por el registrador. Pero, nada impide que este puede dejar constancia de su existencia en la inscripción, haciendo constar su carácter de documentado o no documentado por un técnico, para advertir de la posible variación de las coordenadas. Además, comunicará los datos al Catastro, para que este, una vez corregida la situación, comunique los metadatos al Registro, para la corrección en bloque del desplazamiento.

7.2. LA CALIFICACIÓN NEGATIVA

La calificación gráfica será negativa cuando el registrador no logre la convicción sobre todas las circunstancias analizadas en los tres estadios vistos.

7.2.1. En el primer estadio del análisis de coherencia

En este primer estadio hemos de diferenciar dos situaciones:

1. En los casos en que la georreferenciación es circunstancia necesaria de la inscripción:

- a) Si no se aporta georreferenciación en formato GML, catastral o alternativo, el registrador suspenderá la inscripción mientras no se subsane el defecto, aportando la georreferenciación correspondiente.
- b) Si se aporta georreferenciación, pero esta no es coherente con la descripción hecha en el título, el registrador suspenderá la inscripción, mientras no se subsane la descripción literaria, para adaptarla a la de la georreferenciación, normalmente en lo referente a la superficie, pues la que se inscribe es la resultante de la georreferenciación.

2. Si la georreferenciación es circunstancia potestativa de la inscripción:

- a) Si no se aporta georreferenciación catastral, no se impide la práctica del asiento, pero la descripción será meramente literaria, sin posibilidad de incorporar georreferenciación. Si el registrador puede averiguar la referencia catastral exacta, podrá identificar geográficamente la finca con valor auxiliar, pero no podrá hacer constar la referencia catastral en el asiento, al no haber sido consentida por el otorgante ante notario ni solicitada su inscripción por su titular (RDGRN de 30 de junio de 2017), ni incorporar su georreferenciación al asiento, por no haber sido aportada.
- b) Si se aporta georreferenciación catastral y no hay coherencia entre su descripción literaria y la de su georreferenciación, no habrá correspondencia interna, con lo que la descripción de la finca será la literaria que resulte del Registro, mientras no se subsane la descripción literaria para hacerla coincidir con la de la georreferenciación aportada, sin que pueda incorporarse esta.
- c) Si la descripción del título no coincide con la de la georreferenciación aportada, por diferencias superficiales superiores al 10%, no se puede incorporar la misma al asiento, mientras no se subsane la discordancia, adaptando la descripción literaria a la de la georreferenciación, sin que pueda rectificarse de oficio por el registrador.

7.2.2. En el segundo estadio de correspondencia descriptiva y gráfica

En este segundo estadio, distinguimos las fases de correspondencia literaria y gráfica:

1. En la correspondencia literaria entre las respectivas descripciones de la finca en el Registro y en el título, cuando se declare la no correspondencia de la referencia catastral, esta no constará en el asiento, siendo la descripción meramente literaria, sin que pueda incorporarse la georreferenciación catastral.

Para que pueda reflejarse en el Registro la referencia catastral hay que atender no solo a la superficie de la finca, sino también a los restantes datos descriptivos de la misma, por lo que aun dándose una diferencia inferior al 10% de la cabida inscrita, puede rechazarse el reflejo registral de la referencia catastral si del cotejo de los demás datos descriptivos surgen dudas fundadas acerca de que se trate de la misma finca (RDGRN de 10 de julio de 2018).

De igual modo cuando las diferencias superficiales son superiores al 10%, aunque no exista duda alguna en cuanto a la localización e identificación de la finca, no podrá inscribirse la referencia catastral (RDGRN de 12 de diciembre de 2017).

En ambos casos puede declararse como dudosa e incorporarse por nota marginal, por analogía con el supuesto de la no acreditación.

No existiendo duda respecto a la situación, ubicación, localización y delimitación geográfica, que permite distinguirla de sus colindantes, sin invadir dominio público, no se llega a entender que no puede consignarse la referencia catastral en el asiento, por el único criterio de las diferencias superficiales, derivadas de la elástica descripción de la finca.

2. En la correspondencia gráfica entre las respectivas georreferenciaciones puede ocurrir:

a) Que falle uno de los elementos de la comparación, pues puede que:

- El registrador no consiga identificar geográficamente la descripción literaria del folio, con valor auxiliar.
- El otorgante del título no aporte georreferenciación alguna.

En estos casos, el registrador suspenderá la incorporación de la georreferenciación al asiento, por no poder apreciar la posible discordancia o no con la realidad física, como consecuencia de no poder efectuar la comparación de recintos propio del análisis de correspondencia.

b) Que de la comparación de recintos no resulte la perfecta identificación de la finca, que no permita determinar que se refieren a la misma porción de territorio, que su perímetro no encaja en la cartografía básica, que existan diferencias superficiales superiores al 10 % y que no se distinga de las colindantes con georreferenciación inscrita, o del dominio público no inscrito.

En ese caso, podemos diferenciar:

- La coincidencia total o parcial de la georreferenciación aportada con otra ya inscrita. El registrador entonces denegará la incorporación, la cual exigirá aportación de otra georreferenciación, de común acuerdo entre los dos colindantes, que precisen el trazado del lindero. Es decir, un deslinde parcial, bien a través de un expediente del artículo 200 ante notario, o del 199.2 de la LH, ante registrador con consentimiento expreso del colindante afectado.
- La coincidencia total o parcial de la georreferenciación aportada con una colindante no inscrita, pero con georreferenciación definitiva con valor auxiliar. En ese caso, el registrador suspenderá la inscripción de la georreferenciación, por discordancia con la realidad física, por no haberse solicitado su subsanación, pudiendo subsanarse el defecto si se aporta georreferenciación corregida que respete la invadida, o se presente una alternativa, solicitando el inicio de un expediente del artículo 199.2 de la LH, para subsanar la discordancia con la realidad física, en la que bastará notificación y no oposición del colindante afectado notificado.
- En caso de diferencias superficiales superiores al 10% de la cabida inscrita, se suspenderá la incorporación de la georreferenciación por discordancia con la realidad física al no haberse solicitado su subsanación, mediante expediente que permita lograr la concordancia con la realidad física.

VIII. CONCLUSIONES

I. La ley 13/2015 revitaliza el principio de legalidad, al extender la calificación registral a la descripción y georreferenciación de la finca, que adquiere una vertiente geográfica, en cuanto que la misma:

- a) Es susceptible de incorporación al folio registral, lo que permite extender el principio de legitimación registral a la geometría de la finca dibujada por las coordenadas UTM de la misma.
- b) Es determinante para que el registrador declare el estado de coordinación o no coordinación gráfica de la finca registral con la parcela catastral, más allá de la declaración de correspondencia o no correspondencia de la referencia catastral con el código registral único de la finca.

II. La calificación registral gráfica es un acto debido del procedimiento registral, por el hecho de incorporarse una georreferenciación, la cual requiere del análisis registral, aunque no llegue a incorporarse al asiento, pues salvo en los supuestos legalmente determinados, no es circunstancia necesaria de la inscripción, pero del análisis resultan una serie de decisiones registrales, de las que debe dejarse constancia en el asiento.

III. La calificación registral gráfica comprende tres estadios, que tratan de determinar la situación, ubicación, identificación y delimitación geográfica de la finca y su relación con la parcela catastral correspondiente, que culminará con la declaración del estado de coordinación o no coordinación gráfica de la finca registral con la parcela catastral. El resultado de la calificación puede ser:

- a) Positivo, lo que determinará que la georreferenciación aportada por las partes se incorpore al asiento.
- b) Suspensiva, pero que permite al registrador identificar la finca en el territorio provisionalmente, por existir una discordancia con la realidad física, que se debe subsanar por el propietario, para poder incorporarse al folio, la cual puede incorporarse al sistema de bases gráfica registrales del Distrito Hipotecario, con valor auxiliar de calificación, junto con las demás que ya identificadas, con ocasión de algún otro negocio inscribible, o de oficio por el registrador, para una mejor fundamentación de su calificación registral.
- c) Denegatoria, cuando siquiera permite la localización de la finca sobre la cartografía básica.

IV. La Ley 13/2015 introduce la calificación de un archivo electrónico, en formato GML y un medio de calificación electrónico, como es la aplicación informática homologada, denominada GEOBASE, configurado como un sistema de información geográfica registral, en la que radica la cartografía jurídica registral, que pasa a formar parte de lo que denominamos contenido del Registro, que debe ser tenido en cuenta a la hora de calificar. Ello permitirá, con el tiempo, con la información en sentido bidireccional entre los archivos literario y gráfico del archivo que la descripción de las fincas vaya pasando de ser meramente literaria, con linderos personales, a preferentemente perimetral, como ordena el artículo 51 del RH, donde las fincas lindan con otras fincas, a medida que estas van identificándose gráficamente.

IX. JURISPRUDENCIA

- Sentencia 716/2013 TS, Sala Primera, de lo Civil, 28 de noviembre de 2013
- STSJ de Tenerife de 16 de octubre de 2012
- RDGRN de 19 de mayo de 2010
- RDGRN de 4 de diciembre de 2013
- RDGRN de 21 de septiembre de 2015
- Resolución Conjunta de la DGRN y de la DGC de 26 de octubre de 2015
- RDGRN de 1 de diciembre de 2015

- RDGRN de 2 de agosto de 2016
- RDGRN de 3 de octubre de 2016
- RDGRN de 16 de marzo de 2017
- RDGRN de 24 de mayo de 2017
- RDGRN de 30 de junio de 2017
- RDGRN de 7 de noviembre de 2017
- RDGRN de 12 de diciembre de 2017
- RDGRN de 22 de febrero de 2018
- RDGRN de 30 de mayo de 2018
- RDGRN de 10 de julio de 2018
- RDGRN de 19 de julio de 2018

X. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA ANEGÓN, G. (2011). Información Territorial asociada y calificación registral, Cuadernos Ambientales de Propiedad, *Revista Registral del Territorio*, núm. 1, 38-63.
- ARRIETA SEVILLA, L.J. (2009). Aproximación al sistema de bases gráficas registrales. *Revista Aranzadi y Nuevas Tecnologías*, núm. 19, 59-77.
- (2013). La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico. *RCDI*, año 89, núm. 740, 3671-3702.
- CHICO ORTIZ, J.M. (1984). Proyecciones de la Seguridad jurídica, *RDCI*, núm. 563, 919-936.
- (1994). *Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo I*, Marcial Pons, 325.
- DELGADO RAMOS, J. (2007). Efectos jurídicos de la delimitación de las fincas en el Registro de la Propiedad, *notariosyregistradores.com*, noviembre de 2007.
- (2016). Objetivos que proclama y reformas que introduce la Ley 13/2015, de reforma de la legislación registral y catastral, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 3, núm. 1, 133-163.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III, las relaciones jurídico-reales, el Registro de la Propiedad, la posesión, 5ª edición*, Aranzadi Thompson Civitas, 340 y 440.
- FANDOS PONS, P. (2016). *Los efectos jurídicos de la identificación y descripción de fincas registrales: la base gráfica registral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 490-491.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1995). La función calificadora y la seguridad del tráfico inmobiliario, *RCDI*, número extraordinario, año 70, núm. 625, 2239-2310.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2006). *Lecciones de Derecho Hipotecario*, Marcial Pons, Madrid, 68.
- GRAGERA IBÁÑEZ, G. (2017). *Cartografía jurídica de la propiedad inmobiliaria*, en www.registradorescomunidadvalenciana.org/cartografia-juridica-la-propiedad-inmobiliaria/.
- JEREZ DELGADO, C. (2016). El sistema inmobiliario registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio ¿nuevos principios hipotecarios? *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, número 1, 1-23.

- JIMÉNEZ CLAR, A. (2016). Conceptos y nociones básicas que emplea la Ley 13/2015, en www.regispro.es, núm. 5.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2002). La función económica de los sistemas registrales, *RCDI* num. 671, 879.
- PRADO GASCÓ, V.J. (2017). *La calificación gráfica registral*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, Madrid, 224 a 226.
- (2014). El sistema de bases gráficas como instrumento de coordinación entre el Registro de la Propiedad y el Catastro, *RCDI*, núm. 746, 3147-3199.
- PUYAL SANZ, P. (2016). *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 77-87.
- REQUEJO LIBERAL, J. (2007): *Descripción geográfica de las fincas en el registro de la propiedad (Geo-base)*, Lex Nova, Valladolid, 24.
- SABORIDO SÁNCHEZ, P. (2017). La protección del usuario registral a través de la reforma de los principios registrales, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 4, núm. 4, 87-122.
- VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2009). *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- (2010). *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Marcial Pons, Madrid, 145-155.
- (2013). *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia.

NOTAS

¹ Es decir, el artículo 9.3 debiera haber proclamado el principio de seguridad jurídica como el que permite todos los demás, como ya dijo CHICO ORTIZ, J.M. (1984): «Proyecciones de la Seguridad jurídica», *RDCI* núm. 563.

² Por ello, el artículo 18 de la LH dispone que los registradores calificarán bajo su responsabilidad, haciendo cumplir el principio de legalidad, como vislumbró CHICO ORTIZ, J.M. (1994) en sus *Estudios de Derecho Hipotecario, Tomo I*.

³ El Estado interviene en el mercado inmobiliario a través del Registro de la Propiedad, para eliminar asimetrías informativas, lo que reduce los costes de transacción, pues actúa, como dijo MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2002) en La función económica de los sistemas registrales, *RCDI* núm. 671, 879, «el Registro de la Propiedad actúa sobre uno de los elementos centrales del sistema económico, cual es el de la definición, atribución y protección de los derechos de propiedad» y la finca se refiere al objeto de ese derecho y su adecuada descripción debe minimizar las asimetrías informativas, que en este caso se concretan en la posible discordancia entre la descripción de la misma y la realidad física.

⁴ Por ello, los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud, conforme al artículo 1.3 de la LH, como afirmó ya GARCÍA GARCÍA, J.M. (1995) en La función calificadora y la seguridad del tráfico inmobiliario, *RCDI* núm. 625.

⁵ La definición que hace GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2006): *Lecciones de Derecho Hipotecario*, 68 de la calificación registral se confirma con la dicción del artículo 101 del RH, cuando en su primer inciso declara:

«La calificación de los documentos presentados en el Registro se entenderá limitada a los efectos de extender, suspender o denegar la inscripción...», lo cual también puede mantenerse para la calificación registral gráfica, como trataremos de explicar.

⁶ Por ello, el artículo 18.1 de la LH extiende la calificación registral «a 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...», determinando como dice DÍEZ PICAZO, L. (2008): *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial III*, el ámbito de la calificación registral. Este ámbito en la calificación registral gráfica se entiende delimitado por la descripción de la finca objeto de derecho real, sobre el que se centra la formalidad extrínseca, tal y como dispone la Ley, la capacidad y la validez del acto dispositivo, pues no se puede disponer de lo que no pertenece al dueño. Como dice JIMÉNEZ CLAR, A., delimitar físicamente una propiedad es cerrarla y, como tal, constituye un acto de riguroso dominio, con los especiales requisitos de capacidad y legitimación que ello conlleva. De ahí la necesidad del consentimiento auténtico e informado de los titulares del inmueble, consentimiento que no puede ser suplido o presupuesto por ningún sistema de información geográfica.

⁷ Por ello, entendemos que la Ley 13/2015 revitaliza y modaliza los principios hipotecarios que inspiraron la Ley Hipotecaria, en su reforma de 1944-46. JEREZ DELGADO, C. habla de nuevos principios hipotecarios en: «El sistema inmobiliario registral a la luz de la Ley 13/2015, de 24 de junio ¿nuevos principios hipotecarios?», 8, pero más bien estamos ante su extensión a la circunstancia de la descripción de la finca, al objeto de su exacta individualización sobre el territorio, que permita el seguro tráfico de los derechos sobre ella, pasando tras la Ley 13/2015, respecto al objeto del derecho, como dice VÁZQUEZ ASEÑO O. G., del sistema de transcripción anterior a un sistema de calificación e inscripción, que permitirá la conversión de la misma de meramente literaria a perimetral, pues la finca linda con fincas, como dispone el artículo 51. 4. Del RH.

⁸ Es decir, el propietario, a quien corresponde describir su finca, debe hacerlo, no ya solo desde un punto de vista literario, sino también ubicándola en el territorio, mediante su georreferenciación, para lo que la Ley ha dado un papel preminente a la cartografía catastral y otro subsidiario a la georreferenciación alternativa a la catastral. Esta idea de completar la descripción de la finca con su representación gráfica ya fue apuntada por REQUEJO LIBERAL, J. (2007) en: *Descripción geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad (Geo-base)*, Lex Nova, Valladolid, 24.

⁹ Además de la importancia de los requisitos de forma, es también importante el análisis del elemento temporal, pues la georreferenciación aportada ha de ser la vigente, pero como dijo VÁZQUEZ ASEÑO, O.G. (2010) en *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, la descripción del Registro puede ser muy anterior en el tiempo y su información estar desactualizada, frente a la actualidad de la cartografía catastral aportada, o que sirve de base a la georreferenciación alternativa que se aporte. El registrador también habrá de tener en cuenta esta dimensión temporal en su calificación registral.

¹⁰ Terminología que acuña PRADO GASCÓ, V.J. (2017) en *La calificación gráfica registral*, Colegio de Registradores, Madrid, pág. 224, aunque también la hemos denominado calificación registral gráfica, que no es más que la extensión de la calificación registral a la vertiente geográfica de la descripción de la finca, a los efectos de individualizarla en el tráfico y situarla en el territorio de una manera segura y precisa, aunque no sea del todo exacta, dada la dificultad de contener la realidad física en los asientos registrales, de la cual la georreferenciación no es más que una representación abstracta, en aras de la homogeneidad de la cartografía general.

¹¹ Ese nuevo enfoque metodológico que ya vislumbra PRADO GASCÓ, V.J. (2017) en *La calificación gráfica registral, op. cit.*, 215 es el que inspira este artículo, tratando de precisar ese enfoque.

¹² Ello permitirá, como dice GRAGERA IBÁÑEZ, G. en *Cartografía jurídica de la propiedad inmobiliaria*, tema 1, 3, disponible en www.registradorescomunidadvalenciana.org/cartografia-juridica-la-propiedad-inmobiliaria/, que el Registro de la Propiedad preste información no solo relativa a la titularidad, objeto y causa del derecho, como hacía hasta ahora la publicidad registral, sino que también, información relativa al contenido del derecho, que

no se contiene en el folio registral, pues se delimita por la ley, pero que puede ser objeto de publicidad no registral, no a través de los tradicionales cauces de esta, sino mediante nuevos cauces tecnológicos y electrónicos, derivados del uso de sistemas de información geográfica y todo en aras de disminuir, en la medida de lo posible, las asimetrías informativas, para incrementar el valor de la inversión inmobiliaria y la seguridad en el tráfico jurídico inmobiliario.

¹³ Así ya lo entendió PUYAL SANZ, P. (2016) en: *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, que extendía la calificación registral a la correspondencia de la finca con la referencia catastral, para identificar la finca sobre el territorio, a la coherencia de la descripción y a la coordinación gráfica entre las representaciones gráficas auxiliar-registral y la catastral.

¹⁴ De ese enfoque parte PRADO GASCÓ, V.J. (2017): en *La calificación gráfica registral*, op. cit., que tratamos de desarrollar.

¹⁵ Sobre los diferentes niveles de correspondencia, seguimos el esquema trazado por GRAGERA IBÁÑEZ, G. en *Cartografía jurídica de la propiedad inmobiliaria*, tema 3, 2, disponible en www.registradorescomunidadvalenciana.org/cartografia-juridica-la-propiedad-inmobiliaria/, pues trata un abanico de situaciones en las que se pueden subsumir todos los supuestos de hecho que pueden presentarse.

¹⁶ Esta definición fue acuñada por AGUILERA ANEGÓN, G. (2011) en Información Territorial asociada y calificación registral. Cuadernos Ambientales de Propiedad. *Revista Registral del Territorio*, núm. 1, 2011 y es omnicomprendiva de todas las situaciones a las que puede referirse el concepto de información territorial asociada, siempre referida a la extensión del contenido de las facultades del derecho, que no integran el contenido del folio registral y que no es, por tanto, información registral, pues ni es el registrador su autor, ni es responsable de la misma y de su actualización, ni es objeto de calificación registral.

¹⁷ Existe confusión sobre el alcance del término calificación medioambiental, urbanística o administrativa, a la que se refiere la nota marginal del artículo 9.1 a) de la LH. Sobre el particular se puede consultar: FANDOS PONS, P (2017): Análisis de la nota marginal del artículo 9.1 a) de la LH relativa a la constancia de la calificación urbanística, ambiental y administrativa de la finca, I y II, GEOSIGreg 2014, números 12 y 14.

¹⁸ Ello es consecuencia de ese nuevo enfoque metodológico, que también vislumbró ARRIETA SEVILLA, L.J. (2013) en: La calificación registral en el Registro de la Propiedad digital y gráfico, *RCDI*, núm. 740, pues la calificación debe comprender el respeto a las limitaciones dominicales derivadas de la colindancia con el dominio público, vigilando su no invasión, aunque no esté inscrito.

¹⁹ Respecto a la incidencia o alcance de la información territorial asociada en la calificación registral puede consultarse VÁZQUEZ ASENJO, O. G (2009): *La información territorial asociada a las bases gráficas registrales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

²⁰ Es decir, la calificación registral ya es una primera garantía para la defensa del derecho de propiedad sobre las fincas colindantes, como ya puso de manifiesto PUYAL SANZ, P. (2016) en *El nuevo régimen de coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, 86.

²¹ Como dice PUYAL SANZ, P., en la obra citada p. 88, es un grado de tolerancia técnica, es decir, para salvar la homogeneidad de la cartografía catastral, pues en la pugna entre precisión y homogeneidad, el legislador parece haber querido hacer primar la homogeneidad de la cartografía básica, sacrificando, dentro de los márgenes de tolerancia expresados, la precisión. Y ello por la dificultad de representar gráficamente la realidad física.

²² Sobre la coordinación entre Registro y Catastro, antes de la Ley 13/2015, ver VÁZQUEZ ASENJO, O.G. (2013): *Coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad*, Tirant lo Blanch, Valencia. Tras la Ley 13/2015, la coordinación es el sello de calidad de la descripción de la finca. Este sello de calidad añade el atributo de extender la legitimación registral a la georreferenciación de la finca, de origen catastral, por ser coherente con su descripción literaria, dadas las diferencias conceptuales existentes entre finca y parcela catastral. Es lo que el autor citado denomina «predio integral», como aquella porción o sector del territorio en la que coinciden las representaciones gráficas de la finca y de la parcela catastral, y que late

en el espíritu de la Directiva INSPIRE, pues no coincide el concepto de parcela catastral que late en el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario y el que late en la Directiva INSPIRE, que tiene carácter omnicomprendivo y también comprende el de finca registral. La ley 13/2015, en cierto modo, viene a resolver esa disociación, pero solo con respecto a las fincas registrales a las que se añade el atributo de coordenadas, excluyendo a las restantes, mientras no se «homogeneicen» con la cartografía catastral. Pero, una vez inscrita, la georreferenciación pierde el origen y se convierte en registral, sometida a los principios hipotecarios.

*(Trabajo recibido el 29-11-2018 y aceptado
para su publicación 1-4-2019)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Derecho Civil Histórico
de Castilla y Constitución
(Actual vigencia de los «Los Estados
del Duque de Medinaceli»)

*Historic Law of Castilian versus
Constitution*

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBA
*Catedrático de Derecho civil
Universidad de Oviedo*

RESUMEN: El estatuto peculiar de la tierra definido como «los Estados del Duque de Medinaceli» constituye un ejemplo paradigmático de la polémica vigencia de un Derecho arcaico y de corte feudal en un territorio bien definido dentro de Castilla-La Mancha. Consta en la Escritura de Concordia de 5 de mayo de 1552, rubricada por sanción regia en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Posteriormente la Ley 5/1980, de 22 de febrero, «relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma», recoge su contenido. El estudio versa sobre la naturaleza de dicho régimen, más transacción que fuero, la identificación subjetiva y objetiva de los derechos que contempla, con su posible categoría de servidumbre personal frente al dominio compartido que alguna sentencia propuso. Por último, se debate la posible inconstitucionalidad sobrevenida del sistema.

ABSTRACT: The peculiar status of the land defined as «the States of the Duke of Medinaceli» represents a paradigmatic example of the controversial validity of an archaic and feudal Law in a well-defined territory in Castilla-La Mancha. It is recorded in the Deed of Concord of May 5, 1552, initialled by sanction in the Royal Decree of June 11, 1553. Subsequently, Law 5/1980, of February 22, concerning the measures to solve the problem of the historical rights in the community of Malagón and to promote its integral development, collects its content. The study deals with the nature of this regime, more transaction than jurisdiction, the subjective and objective identification that the rights that it contemplates, with its possible category of personal servitude. Finally, it argues a posible ensuing unconstitutionality of the system.

PALABRAS CLAVE: Los Estados del Duque de Medinaceli. Servidumbre personal. Inconstitucionalidad sobrevenida.

KEY WORDS: The States of the Duke of Medinaceli. Personal servitude. Unfounded unconstitutionality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.—II. MARCO LEGAL: ESCRITURA DE CONCORDIA Y ESTADOS DEL DUQUE. 1. PRESUPUESTOS: DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA EXENTO DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LAS LEYES DESAMORTIZADORAS. 2. CATEGORÍA DEL ESPECÍFICO RÉGIMEN: TRANSACCIÓN VERSUS FUERO. 3. LA FRUSTRANTE INEXISTENCIA DEL DERECHO FORAL CASTELLANO.—III. NATURALEZA DE LA DISCIPLINA DE LOS «ESTADOS DEL DUQUE». EL POLÉMICO DOMINIO COMPARTIDO Y LA SERVIDUMBRE PERSONAL: 1. LA INCERTIDUMBRE TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA HIPÓTESIS DE NETO SIGNO FEUDAL. 2. FIGURAS REBATIDAS: A) *Usufructo*. B) *Servidumbre predial*. C) *Arrendamiento*. D) *Censo*. 3. PROPUESTA DE DOMINIO COMPARTIDO. 4. ALTERNATIVA EN LA SERVIDUMBRE PERSONAL. 5. LA USUCAPIBILIDAD DE LOS DERECHOS CONCERNIDOS.—IV. CATÁLOGO DE DERECHOS SUBSISTENTES. SU ACTUAL VIGENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA: 1. FACULTADES ACTIVAS: PASTOS, RASTROJOS Y CINEGÉTICAS. 2. TITULARES DE SU EJERCICIO.—V. LA MANCOMUNIDAD «ESTADOS DEL DUQUE» Y SU INTERLOCUCIÓN. ALCANCE FRENTE A TERCEROS DE LA POSIBLE LICENCIA DE ACTIVIDADES.—VI. CONTRASTE INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA FIGURA. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL MODELO HISTÓRICO: 1. MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIÓN Y DOMINIO PRIVADO. 2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DOMINIO. 4. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE LA ESCRITURA DE CONCORDIA.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Con motivo de la solicitud de un dictamen tuve la ocasión de analizar el problema de la vigencia de una señalada hipótesis de Derecho Civil Histórico de Castilla en los actuales momentos. Se trata de un asunto particular, pero elocuente, que pone de manifiesto de forma oportuna un problema jurídico de cierta entidad muy olvidado por la doctrina. En él se dan cita elementos relativos a la existencia de disposiciones y estatutos que, a mi juicio, entran en abierto contraste con principios del llamado Derecho Constitucional Civil, tan en boga desde la promulgación del texto de 1978. Resulta un ejemplo característico del problema, y su vertiente práctica me imagino que ayudará mejor a la comprensión de su faceta teórico jurídica.

En el caso de referencia, una gran entidad mercantil del sector energético tenía proyectado el desarrollo de una instalación fotovoltaica en el municipio de Porzuna (Ciudad Real) sobre una extensión aproximada de 300 hectáreas¹. A tal propósito, se solicitaron las oportunas autorizaciones administrativas. En el curso del procedimiento, quedó de relieve que podían existir algunas dificultades, fruto de la existencia de una disciplina jurídica peculiar en la Comarca.

Esta especificidad llamada *Los Estados del Duque* abriga un régimen de la tierra definido en la *Escritura de Concordia* de 5 de mayo de 1552, rubricada por sanción regia en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Tanto los derechos concedidos en este instrumento como sus beneficiarios arrojan una profunda situación de incertidumbre sobre su alcance práctico y naturaleza jurídica. Se define como un estatuto arcaico, anacrónico y de corte feudal, sin embargo, todavía subsistente. Además, existen acerca de la problemática diversos informes oficiales, como el de la Diputación de Ciudad Real de 2017; y el de don Alejandro RUBIO GONZÁLEZ, Abogado del Estado-Jefe en Ciudad Real de 2006 (2008, 490-511). En el plano judicial destaca por su contenido y reconocimiento la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929. Por último, también analizan la cuestión diversos dictámenes y estudios de muy destacados juristas, como el publicado por SANZ JARQUE (1976, 641) y los informes emitidos a instancia de parte por expertos del foro, cuya simple cita da cuenta de la trascendencia del asunto, así don Antonio MAURA, don Niceto ALCALÁ ZAMORA, don Eugenio MONTERO RÍOS o incluso don José Antonio PRIMO DE RIVERA.

La principal de las interrogantes que aquí se dilucidan concierne a conocer en qué medida el estatuto jurídico especial que responde al título de «Los Estados del Duque de Medinaceli» puede interferir en el ordinario desarrollo de actividades ajenas en su seno, conforme al esquema previsto por el Derecho Civil actual. Es decir, si el régimen establecido por las normas históricas constituye una especie de isla o limbo que le hacen ajeno a toda la disciplina común de las instituciones relativas a los derechos reales. Resulta cuestionable que las disposiciones antiguas

consoliden unas variedades basadas en el devenir histórico al margen del desarrollo de los acontecimientos y sin término apreciable de vigencia. Una reliquia del pasado que se fosiliza sin remedio y entra en pugna con el desarrollo económico, social y técnico en los actuales momentos de la evolución jurídica que caracteriza el Estado social y democrático de Derecho. Así lo proclama la Constitución en su primer artículo, en cuya medida «*propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*».

El primer asunto que debe ser tratado es el de la vigencia de la fórmula jurídica operante sobre la materia. El punto de partida constituye un panorama normativo vetusto —«fuero anacrónico», «arcaico y anacrónico», «propiedad dividida propia de una organización feudal» se define por el Informe de la Diputación de Ciudad Real de 24 de noviembre de 2017 (en adelante ID, 2017)— según no dejan de reconocer las sentencias de instancia que le ofrecen cobertura. Contempla un conjunto de derechos de difusos contornos, e incluso poco determinados en las personas e instituciones que subjetivamente puedan beneficiarse de su contenido.

Por otro lado, varias de dichas facultades han sido discutidas hasta en su propia permanencia. De dicho modo, algunas se juzgan en desuso, como el de roturar y cultivar, cortar leña y madera. Quedarían vigentes los de pastos y caza, siendo este último de muy limitada incidencia. Luego tales atribuciones al día de hoy se ven notoriamente restringidas y pueden ser compatibles con la existencia y desarrollo de actividades económicas en su seno, que no impedirían de suyo un derecho de paso establecido.

II. MARCO LEGAL: LA ESCRITURA DE CONCORDIA Y LOS ESTADOS DEL DUQUE

Con arreglo al Informe elaborado el 19 de julio de 2006 por Alejandro RUBIO GONZÁLEZ, Abogado del Estado-Jefe en Ciudad Real (en adelante IAE, 2006), «el peculiar régimen jurídico de la propiedad en la Comarca de los Estados del Duque viene delimitado por la Escritura de Concordia de 5 de mayo 1552 aprobada por Real Cédula de 11 de mayo de 1553». Esta idea permanece incólume cualquiera que sea el examen a que se someta la cuestión. Por tanto, es un punto de arranque que nadie parece discutir, aunque yo albergue profundas dudas acerca de su actual sustento jurídico.

1. PRESUPUESTOS: DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA EXENTO DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LAS LEYES DESAMORTIZADORAS

La génesis del estatuto especial del referido territorio se origina en la venta otorgada en Alcalá de Henares el 14 de enero de 1548 por el Príncipe Felipe

(luego Felipe II) en nombre y representación del Emperador Carlos I de España, su padre, al Mariscal de Castilla Ares Pardo de Saavedra de los territorios de los Montes y Terrenos relativos al «Estado de Malagón». Las motivaciones del acuerdo indican evidentes fines de sufragar los gastos de la guerra con Francia. Esa transmisión reserva ciertos derechos a favor del Concejo y sus vecinos, como el de la venta de la hierba, «excepto de ello perpetuamente para siempre, jamás», aunque omite otros sancionados por costumbre inmemorial frente a la Orden de Calatrava², cuyo estatuto particular y privilegios anteriormente limitaban.

Según la doctrina común en la materia, estas normas permanecen vigentes y quedan exentas de la disciplina del Código civil, cuyas disposiciones transitorias permiten la pervivencia de regímenes específicos previos a su entrada en vigor, por ser Derecho Histórico de Castilla. En efecto, «*se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen*» (disp. trans. primera CC). Luego «*los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma*» (disp. trans. segunda CC)³.

De igual modo, se afirma de manera pacífica que las normas concernientes a las leyes desamortizadoras tampoco implicaron una derogación del régimen peculiar de los «Estados de Duque», como SANZ JARQUE (1976, 678) pormenoriza en su estudio.

A mi juicio, y sin ánimo de entrar en estériles polémicas teóricas, no es de ninguna manera indiscutible dicha opinión sin mayores debates o reservas. Con todo, el hecho trascendente que permite superar toda esta diatriba se basa en la Constitución, cuya vigencia generalizada nadie osaría poner en duda y que contiene implicaciones jurídicas y prácticas ineludibles frente a un texto feudal, arcaico y anacrónico, como todos los expertos no hacen sino advertir. Este presupuesto no deja de ofrecer luces definitivas, como luego analizo. Quede por ahora su simple reseña para enmarcar mejor el análisis en sus justos términos.

Así es, la disposición transitoria segunda del Código civil alude a los actos y contratos sucedidos con anterioridad a su vigencia, que surtirán todos sus efectos con arreglo a su propio régimen. Ahora bien, no es un acto ni un contrato el estatuto permanente de la tierra⁴, máxime cuando deriva no de un acto ni de un contrato entre particulares, sino de una sanción regia de antaño que amortiza el territorio, sin sentido ahora. Los actos y contratos concretos que tenían cobertura legal en su tiempo es notorio que desplegaron sus efectos propios, mas distinta hipótesis supone la presente, por cuanto diseña un régimen inmobiliario de la propiedad y su aprovechamiento que se aísla por completo de los actuales parámetros de la evolución económica, social y jurídica de su entorno. Además,

a ello se suma un dato incontestable, como es el que arroja el análisis de las ventajas que reporta este sistema en términos de prosperidad y bien común, que aquí se debate. El examen jurídico de la circunstancia completamente al margen de los intereses sociales implicados haría un flaco servicio al marco jurídico de referencia. Con todo, es evidente que deber ser este su punto de partida.

2. CATEGORÍA DEL ESPECÍFICO RÉGIMEN: TRANSACCIÓN *VERSUS* FUERO

La naturaleza jurídica del Cuerpo normativo que rige la comarca conocida como «Estados de Duque», sin perjuicio de la entidad de los derechos que contempla, resulta muy difusa y controvertida. En ocasiones se ha barajado la tesis de que constituye un auténtico Fuero. Además de que dicha relevancia de ninguna manera consta de forma específica en la Escritura de Concordia en que se plasma, la idea tesis en sus actuales términos resulta inviable, al menos a mi parecer.

Sin embargo, SANZ JARQUE (1976, 674) lo respalda, pero en el sentido de que dicha Escritura constituye una norma jurídica de alcance general, aunque limitada en su ámbito de aplicación. «A su vez, este criterio fue el seguido durante los trabajos parlamentarios para la elaboración de la Ley 5/1980, de 22 de febrero, relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma» (IAE 2006).

Igualmente, se recoge la idea por la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados⁵ y en el Senado⁶. Ahora bien, nada mejor que acudir a su contenido para comprender la falta de certeza en tales afirmaciones: «Esta Escritura de Concordia debe considerarse, dada la sanción real que la acompañó, más que como un documento de transacción, como un texto fundamental político-jurídico, es decir, como un fuero, y en ella se han apoyado los vecinos y Concejos para consolidar sus situaciones posesorias frente al ejercicio de derechos prácticamente nominales correspondientes al Señor o sus causahabientes, en una dualidad de posiciones que se radicalizó en el transcurso del tiempo, dando lugar a numerosos conflictos jurídicos y sociales que han originado un continuado clima de tensión en la comarca».

Es decir, que por razón de la materia y teleología claramente se ajusta mejor al esquema transaccional⁷. Desde luego, resuelve disputas entre Señorío y ciudadanos (que representan en este caso vecinos y Concejos). Los derechos políticos argüidos ni tan siquiera se describen y quedan velados cuando de forma reiterada se afirma que su objeto se circunscribe a cuestiones estrictas, y concernientes todas al régimen de propiedad y de carácter jurídico privado en exclusiva.

En esta línea, el Informe de la Diputación de 2017 no puede ser más expresivo: «Esta Escritura venía a poner solución a los enfrentamientos surgidos

por la reivindicación de los vecinos del Concejo de Malagón y de su comarca de la conservación de determinados derechos históricos, no contemplados en el momento de la venta por la Corona de estos dominios al Mariscal de Castilla, derechos disfrutados tanto por costumbre inmemorial como por concesión real ya en la segunda mitad del Siglo XV frente a la orden de Calatrava, anterior propietaria». Transacción, pues, pura y expresa por más señas.

No en vano el documento de referencia porta por exacta rúbrica «Escritura de Concordia»; y concordia es la solución amistosa de un conflicto previo, el acuerdo entre contendientes iguales. En palabras del Diccionario —en su acepción 2ª, propia del Derecho— es «*Documento legalmente autorizado que contiene lo tratado y convenido entre dos o más partes*». Dicho convenio solo dirime disputas, aunque luego el propio Informe de la Diputación de 2017 afirme que “estos derechos se entienden a perpetuidad, y el hecho de constar con la sanción real de 1553 les confería carácter de fuero, esto es con fuerza de ley y fuente de Derecho que regiría principalmente las relaciones jurídicas relacionadas con la tenencia y propiedad de la tierra en los Estados del Duque”. Bien al contrario, la Escritura recoge ciertos derechos, pero no a perpetuidad, habida cuenta que, según el mismo Informe admite con cita de SANZ JARQUE, algunos han caducado, como el de roturar y cultivar; y otros decaen por falta de su ejercicio, así el de cortar leña y madera. Luego quedan incólumes los de pastos y caza, si bien respecto del último SANZ JARQUE aminora mucho su impacto: «en un 99% de los casos no se utilizan, o bien se hace esporádicamente y sin contenido económico».

En efecto, según dicho Informe de la Diputación de 2017, «cualquier controversia que se pueda derivar acerca de la propiedad o cualquier otro tipo de derecho real en los Estados del Duque constituye un litigio entre particulares, quedando su resolución al acuerdo de las partes en conflicto y según las normas de derecho privado». Como fácilmente se aprecia, su propio contenido indica la verdadera entidad de la Escritura de Concordia y los derechos que recoge.

El carácter de concordia que ponía fin a litigios históricos resulta bien descrito, pese a que lo califica de fuero, por SANZ JARQUE a lo largo de su clásico estudio histórico de la Escritura, de la que afirma ser «un acto típicamente contractual». Así se plasmó en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Con todo, reconoce que, lejos de poner fin a disputas, «las disidencias y litigios no llegaron nunca a su fin, sino que los conflictos se han ido produciendo sucesivamente desde entonces y hasta nuestros días». Circunstancia que también reseña la Exposición de Motivos de la Ley 5/1980, de 22 de febrero, relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma, indicando los «conflictos jurídicos y sociales que han originado un continuado clima de tensión en la comarca». El dato, a mi parecer, no debe pasar desapercibido. Al margen de la polémica sobre la subsistencia de la Escritura de Concordia en términos

jurídicos tras la Constitución, también ha de señalarse que no ha surtido su deseado propósito y que, por el contrario, ha sido fuente constante de pleitos y disputas entre sus protagonistas. Luego hasta en términos de su eficiencia resulta en extremo polémica. Ello debe abrir un cauce de profunda reflexión para lograr una salida del conflicto que aporte fórmulas pacíficas, exentas de incertidumbres y ajustadas al panorama constitucional vigente.

El debate sobre la naturaleza foral que algunos, muchos, pretenden para la Escritura de Concordia implica repercusiones de amplio alcance y tenor jurídico. En realidad, el estatuto de Fuero debe ser otorgado con el susodicho título y en el plano del Derecho patrio implica consecuencias de profunda raigambre, habida cuenta que no cabe la existencia de un ordenamiento foral sin la correlativa condición jurídica de sus partícipes en forma de vecindad civil⁸. Los Derechos forales en España, y desde hace siglos, están ligados con el llamado estatuto personal que, según expresa el Código civil, «regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte» (art. 9.1 CC), por eso su pauta de aplicabilidad radica en una categoría de las personas llamada vecindad civil (cfr. art. 14 CC). En el caso que me ocupa, ninguna de las materias del estatuto personal están afectadas, sino las características del estatuto real—que según el artículo 10.1 del Código civil abarca «la posesión, la propiedad, y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad»—, y tampoco consta vecindad civil de referencia⁹.

A la postre, la Escritura de Concordia, como explica SANZ JARQUE de manera precisa en su trayectoria histórica, es una manera de resolver controversias entre las prerrogativas otorgadas a la Orden de Calatrava y los derechos correspondientes a vecinos del lugar; su conservación y defensa una vez el Emperador Carlos I vendió el territorio a un nuevo Señor, modificando sus estatus. No existe ningún vestigio de Fuero, y menos municipal, que suponga un reconocimiento de privilegios y derechos territoriales de carácter sobre todo políticos y públicos, sino mantener ciertos derechos privados en disputa. Es una norma que se conservó a lo largo del tiempo por simple inercia histórica y que ahora contraviene la concepción moderna del derecho de la propiedad reconocido en la Constitución (cfr. art. 33 CE), según en adelante analizo.

En la citada Proposición de Ley se aporta noticia de la incómoda perpetuación del régimen especial allí vigente: «La voluntad actual de los vecinos, agricultores y ganaderos de la comarca se ha expresado en los acuerdos plenarios de los cuatro Ayuntamientos de Malagón, Porzuna, Fuente el Fresno y Los Cortijos, ratificados por la solicitud personal que, de modo individual, han formalizado la gran mayoría de los interesados, manifestando su deseo de resolver la anacrónica situación que se deriva de la Escritura de Concordia, mediante la actualización de los derechos derivados de la misma». Su fin es, por tanto, «querer solucionar con ello una situación de derecho histórico, reconociendo los derechos adquiridos y subsistentes, permitiendo continuar con el

goce comunitario de derechos tan destacados como el de pastoreo y el de caza y pesca, impulsando el desarrollo agrícola y ganadero de la comarca, terminando con una situación de continuada tensión social y poniendo en armonía la subsistencia de una propiedad comunal en favor de todos los vecinos, con la propiedad personal que los agricultores han creado con su esfuerzo a través de los años. Todo lo cual es conforme con la naturaleza social y funcional de la propiedad». Luego cualquier vínculo de dichas pretensiones con la esencia de un Fuero constituye una elucubración teórica, mientras apela el asunto de nuevo al estatuto del derecho de dominio, que de tal se trata.

Como consecuencia de las citadas propuestas parlamentarias vio la luz la Ley 5/1980, de 22 de febrero, *relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma*. Es elocuente que su propia rúbrica ignore por completo el hipotético carácter de Fuero, plantee como problema la tesitura de partida y, por último, ligue su solución con el desarrollo de la comarca, en lo que quien esto suscribe no puede permanecer más de acuerdo. Su primer artículo declara de utilidad pública e interés social y nacional «*la actualización del contenido de los derechos y situaciones jurídicas derivados de la Escritura de Concordia de cinco de mayo de mil quinientos cincuenta y dos, ratificada por el Emperador Carlos I en la Real Cédula de once de junio de mil quinientos cincuenta y tres, en la totalidad de los denominados “Montes y Terrenos de Estado de Malagón”, situados en los actuales términos municipales de Malagón, Los Cortijos, Porzuna y Fuente el Fresno, de la provincia de Ciudad Real*». Renovación «*conforme a las necesidades y exigencias de la realidad sociológica vigente*» (art. 2). En su virtud, «*se consolidarán en favor de los vecinos y municipios que sean poseedores de hecho y en propio nombre de superficies de la finca “Montes y terrenos del Estado de Malagón” el dominio exclusivo de las superficies o fincas que aprovechen y cultiven, las cuales se conceptuarán libres de cargas, sin perjuicio del respeto debido a los aprovechamientos en común y a los derechos derivados de la Escritura de Concordia*».

Ahora bien, dicho asunto plantea cuestiones que claramente exceden el propósito del presente trabajo. Por cuanto a este ataño, debe afirmarse que las cosas no cambian significativamente, pues de nuevo existe una iniciativa de clarificar las propiedades, en este caso mediante un muy discutible recurso a reconocer la posesión de hecho como posesión jurídica, confundiendo la natural con la civil (cfr. art. 430 CC) y además susceptible de usucapión ya ganada. No se me ocurre distinta exégesis jurídica de un fenómeno tan confuso, el de la pervivencia de los derechos históricos aún por aclarar de forma definitiva. En efecto, según el artículo 5º, «*se consolidará a favor de los vecinos de la comarca, en sus respectivas vecindades, el dominio en común, sobre las superficies de los “Montes y Terrenos de Malagón” no atribuidas de modo exclusivo a sus respectivos poseedores, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior,*

debiéndose actualizar y reglamentar los derechos históricos de los vecinos de roturar y plantar viñas y olivos, de cortar leñas y maderas, de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor, al objeto de conseguir un adecuado y racional aprovechamiento del mismo».

El problema es que tras esta declaración de principios todavía no se ha emprendido dicha tarea de forma sistemática y oportuna, salvo en el Real Decreto 2310/1981, de 13 de julio que se circunscribe a «que la concentración parcelaria se efectúe, no solo en los denominados “montes y terrenos de la comarca de Malagón”, sino en la totalidad de los términos municipales de Malagón, Porzuna, Fuente el Fresno y Los Cortijos».

3. LA FRUSTRANTE INEXISTENCIA DEL DERECHO FORAL CASTELLANO

Una vez planteado el dilema en tales términos, conviene sin embargo hacer algunas matizaciones sobre la carencia de un auténtico Derecho foral castellano, en abierto contraste con el que las poblaciones de otros territorios ostentan.

El Derecho foral se ha diseñado como una especialidad frente al común o general. Eso se contempla en el Código civil (cfr. arts. 13.2; 14.1 y 2; y 15.4 CC) y hasta en la Constitución, cuyos referencias, tomadas de aquel a «los derechos civiles forales o especiales» (art. 149.1.º.8ª CE) no pueden ser más expresivas. Habida cuenta que la legislación civil adoptada en la codificación partía de la esencia castellana de nuestro Derecho privado a través del «*Proyecto de 1851*» (cfr. Base 1ª de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888) la reserva en favor de los derechos forales necesariamente implicaba la renuncia sobre la propia idiosincrasia específica del Castellano, que dejaba de permanecer, disolviéndose dentro del común. Así, el artículo 5º de la dicha ley de Bases preserva el Derecho foral anterior, y contempla su futuro en el sistema de Apéndices finalmente fracasado (cfr. art. 6 de la Ley de Bases). La Base 2ª contenía un principio revelador: «*Los efectos de las leyes y de los estatutos, así como la nacionalidad, la naturalización y el reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas, se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes*».

Considero que haberse tradicionalmente partido de la raíz castellana en las instituciones jurídicas de Derecho privado común desembocaría en repercusiones hasta cierto punto perversas para la continuidad de aquellas. Al ofrecer al patrimonio conjunto sus categorías propias, el Derecho castellano renunció a su autonomía, lo que trajo consigo que la desnaturalización padecida mediante las sucesivas reformas que hubo de recibir, le hicieran perder parte no desdeñable de su genuino sentido.

Nadie duda sobre la creciente influencia de los Derechos forales en las recientes modificaciones de la disciplina jurídica plasmada en el Código civil.

Sin perjuicio de todo ello, conservaron dichos ordenamientos sus propias señas de identidad y estas se aparejaron también para otros nuevos escenarios más que discutibles en el plano autonómico, lo que contrasta enormemente con el ejemplo de Castilla, que sacrificó para siempre su fisonomía jurídico-privada en el beneficio colectivo¹⁰.

Su origen castellano produjo a la postre una consecuencia muy negativa para el ordenamiento del que trae causa. En efecto, perdió por obra de su predominio clásico la posibilidad de regenerarse autónomamente. A su pérdida de vigencia generalizada se añade ahora una limitación ilógica, que bien valdría la pena remover pronto, para no reproducir a la inversa ciertos agravios del pasado.

En este sentido, ha hecho fortuna la expresión *Derecho castellano* refiriéndose al Código civil. A mi particular modo de ver supone un anacronismo y resulta dudoso su acierto en los presentes términos, al menos en materia hereditaria. Por el contrario, la fórmula de *ordenamiento común* resulta mucho más acertada, pues tal cosa constituye al fin.

III. NATURALEZA DE LA DISCIPLINA DE LOS «ESTADOS DEL DUQUE». EL POLÉMICO DOMINIO COMPARTIDO Y LA SERVIDUMBRE PERSONAL

Distinta de la categoría jurídica del instrumento en sí, conviene ahora referirse a la de los derechos concedidos que contiene. Son de tal confusión que catalogarlos adecuadamente y en su conjunto representa una tarea especulativa; y, dicho sea de paso, tan discutible como infructífera, siquiera sea en el plano de las instituciones concernidas.

1. LA INCERTIDUMBRE TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA HIPÓTESIS DE NETO SIGNO FEUDAL

Los intentos de construir un modelo abstracto sobre la base de los derechos concretos que contiene la Escritura de Concordia son, a mi juicio, fútiles, amén de arduos hasta el agotamiento. Su propio debate lo refleja de manera indiscutible. Sin embargo, como se ha hecho alguna incidencia sobre la cuestión creo que justicia reseñar someramente las fórmulas aparejadas y su debate.

Hay que tener en consideración como premisa del problema que se trata de derechos reconocidos y expresados en un documento de mediados del Siglo XVI, pero de netas entrañas feudales, muy anteriores incluso a su expresión jurídica. Eso complica extraordinariamente reconducir su régimen a fórmulas contemporáneas, que superan con creces su establecimiento con arreglo a esquemas por completo anacrónicos, tanto por el avance de la sociedad en la que se insertan, como de la ciencia del Derecho moderna y de las pautas de convivencia que

nos gobiernan. El principio democrático y una conciencia política más abierta y participativa, basada en el axioma de la igualdad, hacen del sistema recogido en la Escritura de Concordia un verdadero enigma, con raíces históricas muy ciertas, pero instrumentación jurídica perdurable repleta de incógnitas. Traducir las facultades aceptadas a términos vigentes resulta un ilusorio reto y precaria misión, además de irrelevante.

Tomando pie de las palabras de SANZ JARQUE (1974, 657), gran experto en la materia, «el problema que plantea la tenencia de la tierra en el territorio de los montes y terrenos del estado de Malagón es el de la incertidumbre e inestabilidad». «Nadie sabe con certeza su derecho; nadie está seguro sobre la tierra que aprovecha o cultiva; nadie construye ni puede construir ilusionado su empresa». Llega incluso a decir que la propiedad «no existe. No existen por ello, de modo ordinario, las facultades de disposición, de uso y disfrute y de garantía que sobre la propiedad se constituyen», «ni siquiera la posesión material continuada sobre la misma ... permite alcanzar la plena propiedad». Luego hasta excluye la usucapión. Conjunto de circunstancias que opina permanentes «hasta que no se resuelva el problema histórico que la aqueja, esto es, hasta hacer desaparecer su causa originaria que está en el desfase o inactualidad del régimen jurídico especial que rige la propiedad de la tierra» en su seno afincada.

En efecto, según se ha dicho, la doctrina en su escaso conjunto acepta que «las relaciones dominicales relativas a las fincas sitas en la comarca de los Estados del Duque no se rigen por el Código civil», sino que «están gobernadas por el Derecho Histórico Castellano» (IAE, 2006). «Por consiguiente, las relaciones inmobiliarias en la Comarca de los Estados del Duque se rigen por el Derecho Histórico y la Escritura de Concordia. A este respecto, del tenor de la Escritura, se desprende que el régimen por ella delimitado responde claramente a lo que el profesor LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. 1.º) denomina propiedad dividida, propia de una organización feudal» (Ibidem).

Sin embargo, los aludidos sistemas de propiedad dividida de corte feudal son característicos de figuras institucionales que responden al esquema de censos. En su variante de la enfiteusis, trocea el dominio en dos vertientes, útil y directo (cfr. art. 1.605 CC), hipótesis que rechaza de plano la sentencia citada y traída en su apoyo. Por otra parte, la vigencia de modelos tan superados social y económicamente provocó el Decreto con fuerza de ley de 25 de junio de 1926, y su Reglamento de 23 de agosto del mismo año, sobre redención de foros y otros gravámenes de análoga naturaleza jurídica sobre los bienes inmuebles en las provincias de Galicia, Asturias y León; el Decreto de 3 de noviembre de 1931 que lo generaliza para toda España; la Ley 7/1987 que despojó al ordenamiento gallego de la figura de los foros y subforos, luego derogada por la Ley 4/1995; y la Ley 6/1990, después modificada por la Ley 5/2006 sobre el libro V del Código civil de Cataluña, que declaran redimibles todos los censos en su ámbito de referencia.

Luego el dato esencial es que las vinculaciones perpetuas quedaban extinguidas. Se abría paso a mecanismos de redención que permitieran consolidar el dominio pleno. Por tanto, mucho más proclive a su transferencia y libertad de cuantas cargas y gravámenes disminuyeran el valor del predio en el mercado u obstaculizaran su tráfico jurídico. Quedan así despojadas de una radical amortización opuesta por completo a las fuerzas sociales, políticas y económicas que caracterizan las sociedades modernas y mucho más abiertas y dinámicas.

Según el Informe del Abogado del Estado de 2006, «en todo caso, la vigencia de la Escritura de Concordia, sea cual fuere su naturaleza, ha sido reconocida por los Tribunales» y «son numerosos los pronunciamientos judiciales sobre el asunto», aunque basa su criterio prácticamente solo en la sentencia de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada en apelación por la de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929. Es decir, que su peso jurisprudencial es del todo irrelevante desde un punto de vista jurídico, a tenor del artículo 1.6 del Código civil: «*la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho*». Es curioso reconocer que algunas apreciaciones valorativas se transmiten de informe a informe como un mantra desprovisto a mi juicio de su pertinente adveración, lo que da muestras de que la inercia no solo se aplica para la pervivencia de las normas, sino también acerca de las instituciones en juego. SANZ JARQUE incide sobre las numerosas sentencias y también asimismo el Informe de la Diputación de 2017 alude a «múltiples pronunciamientos judiciales», aunque todos reflejan únicamente la cita de la famosa sentencia de Primera Instancia luego ratificada por la correspondiente de Audiencia.

Ahora bien, no se han disipado por ello las dudas de fondo. Como asimismo reconocen los expertos y estudiosos, «la naturaleza jurídica de los derechos derivados de la Escritura de Concordia ha sido objeto de encendidas discusiones durante los últimos ciento veinte años» (IAE, 2006). A mi juicio, el ámbito temporal esgrimido peca de muy corto, pues todos los informes inciden sobre la permanente disputa que ha engendrado en su seno. Esa incertidumbre multi-secular bien merecería de una consideración axiológica y jurídica más profunda y contrasta de pleno con los principios reconocidos en la Constitución, pues la seguridad jurídica resulta uno de sus valores fundamentales, como luego expongo. El ordenamiento jurídico moderno, avanzado y democrático está obligado a expulsar de su ámbito disposiciones que implican la subsistencia de fórmulas anacrónicas y feudales, que además implican un grado de inseguridad e indefinición que intentan perennizarse a lo largo del tiempo, máxime cuando existen mecanismos de redención factibles que impidan dicha *perpetuatio* distorsionadora.

Este modelo de signo estamental desdice de las justas expectativas del Estado social y democrático de Derecho y resulta muy ajeno a su esencia. Un simple

refrendo de la historia no justifica semejante agravio a la justicia. La tradición se muta en mera inercia despojada de todo fundamento valorativo. La mejor prueba es que, según el Informe de la Diputación de 2017, se define como una «propiedad dividida propia de la organización feudal». Aun cuando los propios términos en que se traduce constituyen a mi juicio un error jurídico, pues nadie podría mantener que un derecho colectivo en mano común de pastos y caza suponga una propiedad dividida y menos que a partir de la Constitución se consienta en el seno del ordenamiento jurídico fórmulas medievales.

Sólida prueba de la precaria proyección actualizada del estatuto marcado por la Escritura de Concordia es la variedad de dictámenes e informes a que ha dado pie, siempre con relación al debate sobre la naturaleza de los derechos que anida. En cuyo sentido, «han terciado en esta polémica algunos de los representantes más conocidos del foro español como don Antonio MAURA, don Niceto ALCALÁ ZAMORA, don Eugenio MONTERO RÍOS o incluso don José Antonio PRIMO DE RIVERA» (IAE, 2006), todas ellas figuras indiscutibles y también antiguas de la abogacía, que no doctrina, española.

Para el mejor análisis de la definición jurídica de los derechos reconocidos en la Escritura de Concordia seguiré los asertos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la sentencia de 23 de marzo de 1929 de la Audiencia Territorial de Albacete. Habida cuenta que tales pronunciamientos obran solo en el Archivo Histórico Provincial de Ciudad Real, acepto su reproducción en el Informe del Abogado del Estado de 2006, fuente a mi criterio, del todo fiable.

2. FIGURAS REBATIDAS

La metodología seguida en su discurso, al que reconozco un minucioso tratamiento, es rechazar diversas hipótesis, para concluir con una fórmula de residuo y omnicompreensiva, pero bastante inespecífica. En su examen seguiré idéntica secuencia de instituciones barajadas en la resolución judicial de partida.

A) *Usufructo*

A su tenor, en primer término, no pueden los derechos conceptuarse como usufructo según su idea:

«Porque si bien afirman los demandados que los derechos de los pueblos no pueden calificarse de condominio con la casa Ducal de Medinaceli puesto que no representaron más que aprovechamientos de pastos, leñas y de terrenos

para hacer plantaciones de viñas las que así como las existentes tienen facultad de vender, pero no el suelo en que están hechas, cuyos aprovechamientos por su mucha extensión podrán llegar hasta los límites del condominio pero sin traspasarlos por faltarles los derechos inherentes a él, cuales son los de disponer y vindicar y que pueden usarse y disfrutar pero sin alterar la sustancia calificando de conformidad con un dictamen que atribuyen a don Eugenio MONTERO RÍOS los derechos de los pueblos de usufructo, pues el de cortar árboles y viñas y el plantar aunque altera la sustancia de la cosa no pierde semejante carácter por permitirlo el título de su constitución de conformidad a lo prevenido en la última parte del artículo 467 del Código civil, llegando los accionados cuando manifiestan la no aplicación al debate de las sentencias invocadas por los demandantes a sostener que los vecinos no son verdaderos dueños, ya que no pueden hacer en la finca lo que quieran según Dios y según fueron [*sic, rectius*, fueron] por no tener limitado su derecho al servicio especial que una casa inmueble puede prestar a otra o sea un [*sic, rectius*, una] servidumbre, y hasta terminan asignando a los derechos de los pueblos la denominación de arrendamiento de por vida una como primacía en la locatio o colonia a tenor de lo prevenido en la Ley 2.^a, Título XLII, Partida V».

Como puede inferirse de su lectura, la sentencia no procede con el orden debido de cuestiones y en su comienzo mezcla las posibles variantes de manera impropia y confusa. Tales alternativas serán objeto de análisis después. Sin embargo, al final se ciñe al usufructo:

«Parece indudable que dada la extraordinaria extensión de los derechos de los pueblos no pueden estimarse como constitutivos de un usufructo por razón de su contenido, ya que en el mismo dictamen acompañado por los demandados se reconoce que exceden del *Jus fruendi* y tampoco merecen esta naturaleza, por la voluntad de las partes pues en ninguna cláusula de la escritura se hace consignación, además de sostener el criterio de que se trata de usufructos y admitir a continuación que se puede alterar la sustancia de la cosa amparándose para ello en el artículo 467 del Código civil, equivale a olvidar la Legislación vigente en el año 1552 fecha en que se otorgó la Escritura de Concordia y pretender que en aquella época rigiera el Código civil, toda vez que es sabido que si este cuerpo legal autoriza al usufructuario para que pueda alterar la forma y sustancia de la cosa, en cambio la anterior legislación fiel al derecho romano, mantiene intangible el *salva rerum substantiae* [*sic, rectius, substantiae*] por constituir un requisito esencial del usufructo».

En realidad, bien observadas las cosas, varias matizaciones han de realizarse a dicho planteamiento. Pensar que los usufructos con facultades de disponer son creados del vacío por el Código civil constituye una pretensión infundada. Todo

su régimen bebe de fuentes anteriores y sólidas que contemplan dicha figura, en virtud del amparo a la libertad de las partes en el título constitutivo. Es lo cierto que las Partidas no contenían una definición precisa del usufructo y que sus primeras acepciones venían ligadas con la procura de subsistencia para parientes con asiento legal específico, pero no lo es menos que reconocía también su origen *ex* voluntad de los partícipes, según demuestra GARCÍA GOYENA (1974, 228). Pretender una línea coherente del Derecho romano hasta el Código civil supone dar un salto de muchos siglos sin justificación precisa. Buena prueba es lo que la propia sentencia denomina el Derecho Histórico de Castilla, del que las citadas Partidas constituyen el mejor respaldo. Igualmente, la previsión de que la venta de los frutos de las viñas suponga una disposición del objeto, el suelo a la postre, implica un concepto muy superado a día de hoy en la doctrina del *salva rerum substantiae*, y también antes de manera significativa para las viñas, conforme a la Ley 22, Título 31, Partida 3. Precisamente la explotación agroeconómica del terreno es un ejemplo característico del usufructo, que da derecho a usar y disfrutar los bienes ajenos mediante su explotación física, sin desdoro del objeto en el plano físico, jurídico y económico. A la hora de tratar sobre los beneficiarios de los derechos establecidos en la Escritura de Concordia, podrá observarse que la propia sentencia califica la figura de aprovechamiento comunal, institución de notoria raigambre germánica y de raíces visigodas que poco se compadece con la reivindicación simplista del Derecho romano, así en global y abstracto. Hasta el mismo concepto de condominio perpetuo repulsa en su esencia frente a la copropiedad romana y se funda en el universo de las viejas costumbres locales y la disputa del dominio entre instituciones feudales, tales como el Estado del Duque, la Orden de Calatrava y los Concejos. Situación de poder resuelta de aquel modo y en absoluto compatibles con el actual horizonte social, económico y jurídico de cosas.

En mi opinión, la circunstancia que despeja el usufructo como válida opción no se deriva del haz de facultades contempladas, sino del carácter perpetuo de los concebidos en la Escritura de Concordia, completamente incompatible con la propia fundamentación jurídica del usufructo de alcance vitalicio; y, además, en las fuentes históricas indisponible por ser una fórmula que garantizaba la pervivencia de concretas personas, por lo general unidas por razones de parentesco, así la viuda, etc. Por eso era personalísimo, característica que hoy se reserva en exclusiva para el uso y habitación (cfr. art. 525 CC). Un usufructo perpetuo también amortiza la propiedad, hasta el punto de hacerla indisponible desde un punto de vista económico y hasta jurídico. Con todo, admito que, si bien cabe constituirse por voluntad de las partes, la Escritura de Concordia no refleja el *nomen iuris* y su asignación usufructuaria de ninguna manera, máxime cuando tampoco describe un conjunto de facultades abiertas en el disfrute de los terrenos, que sería característica de la figura.

B) *Servidumbre predial*

Asimismo niega la servidumbre, aunque con argumentos de nuevo debatibles:

«Tampoco es adecuada la conceptualización de servidumbre que aplican los demandados porque no se trata de determinados aprovechamientos o de especiales usos y al invocar ellos el capítulo XI de la Escritura de Concordia, en el que se establece según su apreciación, una obligación de pagar canon, la circunstancia de abonar cierto precio por el aprovechamiento de una finca excluye toda idea de servidumbre a tenor de la jurisprudencia».

En el fondo, el rechazo proviene de ceñir su examen a la servidumbre predial en exclusiva. No contempla la hipótesis, como después propongo, de la personal, mucho más apta y oportuna para regir este asunto. Es lo cierto que aborda el problema de las variantes de aprovechamientos que autoriza la Escritura de Concordia, lo cual desdice de una servidumbre, pero no lo es menos que son específicos y que, por el contrario, una servidumbre general y abstracta devendría en usufructo, ya excluido. Respecto de la obligación de satisfacer el canon constituye una *contradictio in terminis* si acto seguido, como veremos, la niega tajantemente. Además, no resulta de suyo incompatible, pues la servidumbre de paso ya contemplaba una indemnización por el uso, según GARCÍA GOYENA (1974, 679), que bien puede ser de dicha especie temporal. A esto difícilmente se le puede reconvenir una jurisprudencia de la que no da pruebas mediante su cita concreta, y, en todo caso, resulta superada en la doctrina forense actual.

C) *Arrendamiento*

En tercer lugar, rechaza la naturaleza de derechos arrendaticios, conclusión con la que mi acuerdo es indiscutible:

«Pues al ser la duración temporal su característica en ninguna parte de la escritura se hace señalamiento de plazo y lejos de estipularse los autos ponen de manifiesto que desde el año 1552 hasta la fecha vienen ejercitándose los derechos, aparte de que no tiene realidad este contrato sin la existencia de un precio cierto cuyo pago corresponde al que tiene el uso de la casa y aunque se acepte sobre el particular el capítulo de la Concordia que se ha mencionado, solo aparece una obligación de pago pero falta la expresión concreta de su cuantía pues aunque se habla de la costumbre esta no se conoce ni se acredita por la prueba o discusión correspondiente, y la obligación nunca tuvo efectividad o por lo menos hay que hacer semejante apreciación, por carencia absoluta de

elemento justificativo que la demuestra sin más de que actualmente ha desaparecido de la escritura de Concordia por propia voluntad de los causantes de los demandados, y según resulta de las certificaciones del Registro que obran en el pleito y en la que no consta tal obligación».

D) *Censo*

Por último, en el capítulo de los descartes, desestima configurarlo como censo:

«Al continuar el examen iniciado y comenzar el estudio de los derechos limitativos del dominio por los censos, fácilmente se comprende que al consistir estos derechos reales en el pago de una pensión, nota común a todos ellos a cambio de otra prestación distinta en cada uno de los tipos, semejante gravamen no se da en los derechos que a favor de los pueblos se reconocieron en el título de 1552, pues si bien es cierto y es preciso reconocer con criterio desapasionado que el Capítulo XI de la Concordia puede ofrecer alguna duda en cuanto establece “que a los labradores no se les haga impedimento en el meter de su pan en el Agosto más de como lo tiene de costumbre, que es, cuando lo vayan a medir lo hacen saber al que tuviese cargo de cobrallo”. También es indudable que los derechos reconocidos a los pueblos son amplísimos y su simple enumeración, pone de manifiesto la extensión de los mismos, sin que sobre los de cazar, arar, pescar, romper, cortar, vender, plantar viñas se establece en la Concordia el gravamen que el pago de la merced, el que está limitado únicamente para el aprovechamiento, mencionado, pero en las inscripciones practicadas a instancia de la Casa Ducal de Medinaceli en el Registro de la Propiedad desde la primera a la última, según demuestran las certificaciones aportadas al pleito, no aparece consignada aquella merced, hecho que revela de manera clara que si la voluntad de la casa Ducal al otorgar la escritura fue la de que los pueblos, pagasen el canon al practicar las inscripciones se les relevó de semejante obligación sobre cuya exigibilidad y vigencia faltan en los autos elementos y antecedentes, de forma que si al principio la obligación de pagar un canon afectó a un solo aprovechamiento, actualmente no grava ninguno y esta circunstancia por sí sola es suficiente para que calificación de censales que pudiera atribuirse a los derechos del vencido no sea adecuada, además de que el carácter de perpetuidad del censo imponía a los causahabientes de la casa Ducal en su condición de censuistas el respeto por tiempo indefinido de los derechos y obligaciones y esta nota esencial ha sido desconocida con la conducta de los demandados al solicitar las cancelaciones».

Sin embargo, considero su argumentación endeble. Si se califica el hecho como un fenómeno nítidamente feudal, la categoría de censo enfitéutico gana

enteros. El pago de merced, aunque pueda restringirse a ciertos aprovechamientos, en absoluto desdice de su existencia, sino todo lo contrario, y menos obsta que con el tiempo se renuncie. Igualmente, la posible amplitud de facultades concedidas a los titulares del dominio útil de ninguna manera lo desdice, sobre todo porque analizadas con detenimiento tampoco son tan extensas, sino el pastoreo, la caza y pesca, y las más amplias correspondientes con los viñedos, máxime cuando autorizan estas últimas su cobro.

3. PROPUESTA DE DOMINIO COMPARTIDO

Más llamativa resulta la exclusión cuando acto seguido la sentencia se permite aventurar el verdadero carácter de los derechos en el dominio, con arreglo a un doble criterio. El primero se cuestiona:

«Los derechos que los pueblos tienen sobre la finca Montes y Terrenos del Estado de Malagón a fin de determinar si pueden calificarse de derechos reales de posesión los disfrutados, utilizados y ejercitados constantemente, pues aunque la cuestión no tiene importancia en la actualidad, porque en virtud del tiempo transcurrido si pudieron serlo en sus comienzos hoy serían de dominio, interesa sin embargo hacer el estudio por contribuir a completar en análisis comenzado y el examen detenido de la Escritura de Concordia de 1552 pone de manifiesto que los derechos reconocidos a favor de los pueblos, expuestos de manera sintética y agrupándolos son los siguientes: Primero: *Jus fruendi*. Se les concede facultades para vender la hierba del Canto Sal, los rastrojos y las viñas meter en el Cortijo en tiempo de bellota los puercos de la vez del Concejo, cazar y pescar (capítulos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 6.º). Segundo: *Jus disponendi*. Pueden también los pueblos con arreglo al título indicado, cortar leñas y maderas, arar y romper, cortar alto y bajo, poner viñas y olivares pudiendo vender estas (Capítulos 3.º y 4.º) y Tercero: *Jus Vindicandi*. Pues aunque no se consigna de manera expresa, es indudable que si los pueblos se veían despojados de sus derechos podían vindicarlos, autorizándose a cualquier vecino para prender a quien hallaren cortando, paciendo o cazando abusivamente y es lógico reconocer que los vecinos tenían facultades para reivindicar del poder de los detendadores, las cosas que abusivamente hubiesen ocupado o reivindicar su derecho impidiendo en lo sucesivo los abusos (Capítulo 15); y este análisis de los derechos de los pueblos revela que por razón de su contenido si bien puede afirmarse que merecen la conceptualización de posesión, también pueden considerarse de dominio y aunque se admite el supuesto de que no ha mediado título, dado el largo tiempo transcurrido desde el otorgamiento del título concordado hasta la fecha, hay que estimar en justa observancia a las normas legales, la conversión del derecho de posesión en de dominio por virtud de la

prescripción». «El examen de los antecedentes y derechos analizados parece acreditar que los discutidos materia de litigio que ejercitan los pueblos son dominio compartido a semejante conclusión se llega también en vista de otros elementos distintos de los expuestos, y dicho criterio aparece robustecido en el dictamen emitido el 29 de junio de 1888 por don Antonio MAURA cuyo luminoso informe obra en autos y en el de don Niceto ALCALÁ ZAMORA, en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1888, resolución de 6 de octubre de 1925 y sentencias de 9 de julio de 1903, 6 de julio de 1920 y 9 de mayo de 1922 y hasta la propia Real Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de septiembre de 1893 porque si bien no define los derechos discutidos por no ser de su incumbencia en cambio establece en uno de sus fundamentos doctrinales la derivación del *jus disponendi* característico del dominio, pues de haberse tratado de servidumbre el expediente de rendición hubiera prevalecido, y por último como síntesis de los expuesto hace suyo el juzgado de apreciación consignada en el primer informe antes citado ya que al ser un hecho constante que los vecinos del antiguo Estado de Malagón en virtud de títulos legítimos corroborados por otros posteriores del siglo pasado y del presente y de una posesión anterior cuyo origen se declara en ellos antiguo, han ejercitado y ejercitan en la actualidad los derechos que constan en documentos legítimos y eficaces, que no pueden estimarse simplemente con cargas o gravámenes sino como algo que afecta a la sustancia del derecho de propiedad, hay que admitir que constituyen una participación efectiva en el dominio del territorio de Malagón, un condominio en el sentido vulgar de la palabra, y en este sentido al no tratarse de cargas y sí de derechos inherentes al dominio según justificación que el juzgado estima suficiente, es preciso reconocer que la cancelación ha sido practicada indebidamente por basarse en la apreciación de conceptuar los derechos como limitaciones de la propiedad a los efectos de aplicar el párrafo 2.º del artículo 401 de la Ley Hipotecaria».

En el fondo, afirmar este condominio sin reconocer su especie significa bien poco, máxime si excluye otros modelos de propiedad dividida, incluso cuando exista canon o merced. Nótese que la sentencia incluso ventila el problema por vía de usucapión. Habida cuenta que concedía una tenencia de carácter difuso, y como quiera que se ha perpetuado en el tiempo, concluye la prescripción adquisitiva. Como no se sabe a ciencia cierta el alcance del concepto de dueño, pues condominio. Así parece salvar los obstáculos, aunque de forma muy poco afortunada desde un punto de vista de técnica jurídica.

Cuando desgrana el estudio de las facultades características de la propiedad —es decir, el goce, la disposición y reivindicar según el artículo 348 del Código civil— su equívoco es ya extremo. El disfrute no admite duda, si bien no es de ninguna manera pleno, y se reduce a las «facultades para vender la hierba del Canto Sal, los rastrojos y las viñas meter en el Cortijo en tiempo de bellota

los puercos de la vez del Concejo, cazar y pescar». Cabe disponer, pero no del objeto del condominio, sino «cortar leñas y maderas, arar y romper, cortar alto y bajo, poner viñas y olivares pudiendo vender estas». Respecto de la reivindicación, extravía severamente su criterio, en la medida en que, como reconoce, «no se consigna de manera expresa», y confunde la defensa de tales derechos con la estricta reivindicación, que, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, supone acción específica, formal y tremendamente restringida, cuyo primer requisito es la prueba indudable del título del dominio por su vindicante, lo que aquí en absoluto sucede. Acaso en su virtud acoja la sentencia, en un recurso inédito, calificarlo como «participación efectiva en el dominio del territorio de Malagón, un condominio en el sentido vulgar de la palabra». Esto es, categoría poco técnica, imprecisa y de todo punto descomprometida, propia del vulgo.

Sin embargo, los dictámenes evacuados en la materia por insignes representantes del foro inciden en la idea, y tanto el de MAURA como el de ALCALÁ ZAMORA definen la situación como un condominio o «coparticipación en la propiedad de los terrenos sobre que recaen»¹¹. *Contrario sensu*, ya MONTERO RÍOS hizo referencia sobre la desigualdad en el condominio por los escasos derechos que se concedían en la Escritura de Concordia, reducidos aún más por su ejercicio en el tiempo que hizo caer en desuso alguna de sus facultades.

Además, la idea de un condominio y de carácter feudal le aleja del ordinario esquema de raíz romana que acoge nuestro Derecho, si bien los aprovechamientos comunales, de origen germánico a través de vestigios visigóticos, la comunidad hereditaria y la de gananciales escapen de dicha configuración. Dicho de otra manera, el régimen general del condominio es de clase romana, mas sus versiones específicas no tanto, aunque no siempre resulten germanas. En cualquier caso, lo que se pone de relieve sería que, para el ordenamiento español, la comunidad de bienes en absoluto resulta una salida provechosa, ni jurídica ni económicamente. Por tanto, autoriza en cualquier momento a su división liquidación en términos bien expresivos («ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad»: art. 400 CC), prejuicio que se reproduce con los límites marcados al convenio de indivisión.

Sinceramente, me permito discutir la conclusión alcanzada, máxime a la luz de las muy restringidas facultades que se conceden a sus beneficiarios en la Escritura de la Concordia.

4. ALTERNATIVA EN LA SERVIDUMBRE PERSONAL

A la vista de todo ello, propugno mejor la tesis de una servidumbre personal. GARCÍA GOYENA (1974, 227 y 248) explica con mucho acierto porqué los Códigos modernos la orillaron, cuya causa estriba en que la fuga del Ancien Régime impedía conservar fórmulas que indujeran a equívocos respecto de la

servidumbre de las personas o su esclavitud, según el caso. En concreto, precave del «miedo de hacer revivir ideas añejas de feudalidad», justo lo que aquí consta.

No son pocos los pronunciamientos judiciales que aceptan la categoría para situaciones semejantes a la presente, sobre todo en aprovechamientos comunales de bienes ajenos. Todas ellas, por cierto, del Tribunal Supremo, relativas a leñas y pastos a favor de los vecinos de un pueblo. Así sucede con las sentencias de 9 de julio de 1903, 30 de noviembre de 1908, 3 de abril de 1909, 30 de octubre de 1929, 14 de noviembre de 1924, 20 de marzo de 1929, 4 de octubre y 5 de diciembre de 1930.

Por ilustrar mejor la idea, la jurisprudencia más próxima también favorece dicha opción y su acierto. Según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1959:

«Determinadas servidumbres personales, cuando son muy extensos los derechos concedidos a los titulares, como ocurre en el caso de autos, pueden confundirse con el derecho real de superficie y hasta con el condominio, como sostienen muchos tratadistas y define en casos concretos la jurisprudencia de esta Sala; no es menos cierto que las circunstancias concurrentes en el caso contemplado excluyen la posibilidad de tal confusión y debe ser calificado como servidumbres personales y ello por las razones siguientes: A) por su origen, ya que, por conformidad de las partes, se desprende que la casa ducal propietaria de los terrenos y del señorío, otorgó a los entonces sus vasallos para sí y sus descendientes, a título gratuito y por mera liberalidad para que pudieran subsistir los aprovechamientos de referencia con la expresa y determinante declaración de que, a más de los aprovechamientos que se reservaba, seguía conservando la propiedad absoluta, el pleno dominio, sobre las tierras cuya utilización parcial cedía; B) porque ese mismo pleno dominio fue reconocido en su sentencia y en cuya escritura de compromiso antiguas que si bien no aparecen en los elementos suministrados a la Sala, consta su existencia y contenido por conformidad sobre ello de ambas partes contendientes; C) porque el condominio precisa la participación de los comuneros en todas y cada una de las partes del todo a que afecta la comunidad, en participación fija y determinada, pero indivisa y en el caso de autos no solo pertenece a dueño del terreno la totalidad de su nuda propiedad y se reserva el íntegro disfrute del suelo y de sus productos, sino que también limita el aprovechamiento que concede respecto del suelo-pastos, barbechos, siembra, etc., en determinadas épocas del año, reservándose también el aprovechamiento de alguno de los pozos existentes y otros muchos derechos y aprovechamientos; D) porque ninguno de los titulares puede solicitar la división o participación, en cuanto por el título de concesión se cede el derecho a todos y cada uno de los vecinos de los pueblos afectados, sin traba, ni limitación alguna y por ende cada uno es titular y puede utilizar la totalidad de la concesión por lo que existe una comunidad, una copropiedad indiscutible de todos los vecinos en cuanto al aprovechamiento, pero nunca entre ellos y

el propietario de los terrenos; y, por último, porque sin la conformidad de los titulares y aun contra su voluntad puede adherirse la titularidad del derecho al aprovechamiento con solo lograr la cualidad de vecino de los pueblos aceptados, extremo reñido con toda idea de copropiedad, no pudiendo los titulares adquirir mayores derechos que los que correspondan como vecino por compra a sus convecinos, los restantes titulares, ni puede tener acción para poner término a la indivisión al persistir en cada vecino por el hecho de serlo, el derecho al aprovechamiento, conforme al título de constitución, doctrina que excluye tanto la idea de condominio como la de derecho de superficie, por muy extensos que sean los derechos concedidos a los vecinos de los pueblos recurrentes, como efectivamente lo son si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en los artículos 187 y 188 de tan repetida Ley de Régimen Local los bienes comunales son inalienables e imprescriptibles, no lo es menos que ese privilegio, por serlo, ha de interpretarse en forma restrictiva, como excepción que es de la norma general; y teniendo en cuenta que la definición que la misma ley da de los bienes comunales es la de aquellos cuyo aprovechamiento corresponde a los vecinos y el dominio pertenece al Municipio y en el caso que se resuelve, este dominio jamás ha correspondido a los Ayuntamientos, manteniéndose siempre en propiedad de particulares; no puede ofrecer duda que los bienes litigiosos no pueden reputarse como comunales, no les alcanza el privilegio de referencia».

Pueden observarse paralelismos evidentes: amplitud de facultades concedidas («servidumbres de pastos y la de leñas», «gravámenes de caza, barbecho y siembra»), Casa Ducal propietaria, escritura de compromiso, etc. Todo ello sobre la base de una idea prioritaria que actúa como principio: «las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales contrarias a la desmembración del dominio».

La servidumbre personal, por consiguiente, ofrece mejores perspectivas para su encaje jurídico en el asunto que me ocupa. No se trata ya de pronunciamientos antiguos que pudieran estimarse superados. La sentencia del Tribunal Supremo 808/2001, de 26 de julio es bien expresiva «conformado un tipo dentro de los “iura in re aliena” innominado», «se estaría no ante el derecho tipificado, sino ante “una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva”». Como añade la sentencia del Tribunal Supremo 1146/2006, de 7 de noviembre:

«Ya lo expresaba así la sentencia de 24 de febrero 1984 en estos términos: “El espinoso problema planteado por los artículos 600 a 602 del Código civil en orden a la distinción entre ‘servidumbre’ y ‘comunidades’ de pastos y leñas, respecto del cual y durante mucho tiempo la doctrina de esta Sala no ha mantenido criterios constantes, comienza resolverse con la sentencia de 2 febrero de 1944 que señala como nota distintiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan

para disfrutarla comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la ‘servidumbre’ y en el segundo la de la ‘mancomunidad’ ya que hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible”. Con lo cual sigue la doctrina de la sentencia anterior de 2 de febrero de 1954 y es reiterada por la posterior de 16 de febrero de 1987». En efecto, «la sentencia de instancia, pese a no declarar que se trata específicamente de un derecho real de servidumbre, lo considera como un derecho de los vecinos que pesa como gravamen sobre la finca [...], el cual, debidamente calificado jurídicamente, no es otra cosa que un derecho de servidumbre personal derecho que puede ser objeto de inscripción».

La propuesta de las servidumbres personales encaja *ex opportune* para explicar los obstáculos que ofrece la usucapión en este supuesto, porque siendo aparente no lo es continua; y, con arreglo al artículo 537 del Código civil, «*las servidumbres no aparentes o las discontinuas, sean o no aparentes, solo podrán adquirirse en virtud de título*». Asimismo, se comparece muy bien con el haz de facultades reconocidas en la Escritura de Concordia y elimina las insuficiencias que otros modelos esgrimidos ofrecen. Por último, también contiene perspectivas alentadoras en cuanto a la redención como posible fórmula superadora de incertidumbres históricas, que allanaría el camino a la incómoda perpetuación del sistema.

Con todo, el estudio de la naturaleza de los derechos resulta más teórico que real, confuso, polémico e infructífero y de ninguna manera incrementa el valor del análisis más certero. Este coincide con el examen concreto de los derechos contenidos en la Escritura de Concordia y su pervivencia contemporánea.

5. LA USUCAPIBILIDAD DE LOS DERECHOS CONCERNIDOS

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la de 23 de marzo de 1929 de la Audiencia Territorial de Albacete, considera que los vecinos adquirieron su derecho firme a costa de la usucapión, pues la Escritura de Concordia refleja un conjunto de facultades posesorias difusas en el plano de su definición jurídico-institucional.

Así dice que «los derechos que los pueblos tienen sobre la finca Montes y Terrenos del Estado de Malagón a fin de determinar si pueden calificarse de derechos reales de posesión los disfrutados, utilizados y ejercitados constantemente, pues aunque la cuestión no tiene importancia en la actualidad, porque en virtud del tiempo transcurrido si pudieron serlo en sus comienzos hoy serían de dominio». *Simile modo* en apariencia opera la Ley 5/1980, de 22 de febrero, relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma, pues, a resultas de su artículo 4, «*se consolidarán en favor de los vecinos y*

municipios que sean poseedores de hecho y en propio nombre de superficies de la finca “Montes y terrenos del Estado de Malagón” el dominio exclusivo de las superficies o fincas que aprovechen y cultiven, las cuales se conceptuarán libres de cargas, sin perjuicio del respeto debido a los aprovechamientos en común y a los derechos derivados de la Escritura de Concordia». Igualmente, «se consolidará a favor de los vecinos de la comarca, en sus respectivas vecindades, el dominio en común, sobre las superficies de los “Montes y Terrenos de Malagón” no atribuidas de modo exclusivo a sus respectivos poseedores, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, debiéndose actualizar y reglamentar los derechos históricos de los vecinos de roturar y plantar viñas y olivos, de cortar leñas y maderas, de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor, al objeto de conseguir un adecuado y racional aprovechamiento del mismo» (art. 5).

Curiosamente SANZ JARQUE (1976, 657 y 696) incurre a mi juicio en severas contradicciones cuando primero rechaza el fenómeno de la usucapión — «no existen por ello, de modo ordinario, las facultades de disposición, de uso y disfrute y de garantía que sobre la propiedad se constituyen», «ni siquiera la posesión material continuada sobre la misma... permite alcanzar la plena propiedad»— para después admitirla. También el Informe del Abogado de Estado de 2006 adolece de parecida incongruencia. Primero alega que «los distintos comparecientes invocan que son los titulares del pleno dominio sobre sus parcelas por usucapión. Semejante pretensión excede el marco jurídico determinado por la Escritura de Concordia y la sentencia de 28 de junio de 1927», pero más tarde asegura que «la determinación de si han consumado la usucapión es una competencia exclusiva de los Tribunales civiles según los artículos 9 y 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Lo que no tiene sentido, según creo, es argüir que los derechos invocados constan en la Escritura de Concordia de 5 de mayo de 1552 luego rubricada en la Cédula Real de 11 de junio de 1553, para después reconocer que tales derechos se gestan por usucapión. Es una completa falta de lógica uncir semejantes ideas contradictorias en un mismo discurso. Acaso suceda que no se acierte a la hora de calificar la naturaleza de tales atribuciones. A mi juicio, estas dificultades se allanan considerando que constituyen servidumbres personales. Entonces su título de concesión es legal y no consolida por su tenencia efectiva. Es más, siendo, con arreglo al artículo 532 del Código civil, aparentes [*«se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas»* (pfo. 4)] y discontinuas [*«se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre»* (pfo. 3)], como aduje, solo se adquieren por título y queda excluida la usucapión (cfr. art. 539 CC).

A su vez consta el problema de su carácter perpetuo, que se argumenta sin reparar en la usucapión que de raíz la desmiente, aunque considero que puede superarse dicho dilema contemplando la redención de la servidumbre como forma válida para extinguirse (cfr. art. 546.6 CC).

IV. CATÁLOGO DE DERECHOS SUBSISTENTES. SU ACTUAL VIGENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA

A mi juicio, la única óptica sobresaliente y útil en el examen de la figura deriva del análisis de las concretas facultades que se conceden en la Escritura de Concordia y su régimen de pervivencia jurídica. Tanto porque de su formulación trae causa el documento de referencia, cuanto por las repercusiones que al día de hoy le son predicables.

Hay que reconocer la profunda indeterminación que atañe a la naturaleza del conjunto de los derechos contemplados en la Escritura de Concordia, según se ha visto, por tratarse de una mera secuela histórica basada en el poder de la Corona, entendido como dueña del territorio. En su virtud, era libre de disponer a su arbitrio del solar patrio y sus componentes, hecho que contradice de pleno el actual sentido de la institución monárquica desde hace muchos siglos. Igualmente, la incertidumbre alcanza de forma perniciosa y distorsionadora sobre los titulares de tales derechos.

Como quiera que se trata de un texto datado en la primera época del Renacimiento, con cerca de cinco siglos de antigüedad, las atribuciones que confiere asimismo responden a dicho carácter estamental propio de la Edad Media recién superada por entonces, pero que aún perpetuaba su esencia, con el vestigio feudal que le resulta propio. Así, se afirma que pertenecen las facultades y su ejercicio al Concejo, a cada vecino como individuo y a su conjunto en cuanto aprovechamiento comunal. Un cúmulo trinitario de competencias subjetivas que dificultan su autonomía oportuna, por el ejercicio conjunto y acumulativo que permite.

Bien puede comprenderse que tal estatuto de titularidades compartidas podría constituir sin las debidas correcciones un ejemplo amortizador reforzado, del todo incompatible con el sentido de la propiedad recogido en el artículo 33 de la Constitución y en el ordenamiento jurídico español, como al final expongo. Pretender efecto semejante con la simple cobertura en una sola sentencia de instancia, confirmada por la de Audiencia, que se dictó hace casi un siglo es un dato muy elocuente de la entidad de cuanto aquí se trata. Existe una rigurosa quiebra de principios por consideraciones históricas que nunca pueden oponerse a las sociales si verdaderamente creemos en una sociedad democrática, de Derecho y avanzada.

1. FACULTADES ACTIVAS: PASTOS, RASTROJOS Y CINEGÉTICAS

El autor que mejor ha sabido traducir en la práctica el catálogo de derechos reconocidos a los vecinos y al Concejo fue SANZ JARQUE, a quien debemos el más profundo estudio en la materia. Con eso no afirmo que coincida en

todas sus ideas, ni mucho menos, pero hay que concederle lo que por justicia se merece.

A su juicio, la Escritura de Concordia recoge algunos derechos, pero no todos han logrado consolidarse a lo largo del tiempo. Según el propio Informe de la Diputación de 2017 reconoce, algunos han caducado, como el de roturar y cultivar, y otros decaen por inobservancia de su ejercicio, así el de cortar leña y madera¹². Luego quedan vigentes los de pastos y caza, si bien respecto del último SANZ JARQUE (1976, 699) aminora mucho su impacto: «en un 99% de los casos no se utilizan, o bien se hace esporádicamente y sin contenido económico».

Esas atribuciones traen consigo también otras auxiliares que las hagan factibles, del estilo de derecho de paso para efectuarlas, y han de ser permitidas en la práctica con la mayor flexibilidad que favorezca su ejercicio.

En esta línea también abunda la Ley 5/1980, de 22 de febrero, *relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma*, que contiene algunos extremos que considero de interés acerca de los derechos individuales concedidos. Así, versa del mantenimiento y conservación de los derechos históricos, cuyo artículo 6.2 cifra en «*de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor*». Además, afirma que «*la reglamentación de los derechos de pastos y rastrojeras se procurará acomodar, en general, a lo dispuesto en el Reglamento de seis de junio de mil novecientos sesenta y nueve. La de los derechos de caza menor y pesca fluvial también se procurará acomodar a lo dispuesto en las Leyes de cuatro de abril de mil novecientos setenta y de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, así como en sus respectivos Reglamentos de veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y uno y de seis de abril de mil novecientos cuarenta y tres, teniendo en cuenta los derechos históricos de los vecinos que figuran en la Escritura de Concordia*» (art. 6.3). Hecha la oportuna puesta al día debería citarse la Ley 7/2000, de 23 de noviembre de *Ordenación del Aprovechamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de Castilla-La Mancha*.

Esto comporta de alguna manera reducir el marco que cita el siguiente artículo sobre las facultades discutibles, «*consistentes en los derechos históricos de los vecinos de roturar y plantar viñas y olivos, de cortar leñas y maderas, de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor*» (art. 7.1, pfo. 2). Tal parece que solo los pastos y rastrojeras, la pesca y caza menor continúan vigentes (y con la significativa mengua que las últimas padecen en la práctica). Es interesante advertir esto, por cuanto los derechos que concede a sus titulares pueden ser en gran medida compatibles con diversas instalaciones de nueva factura en su seno, que reporten beneficio económico y social a su entorno sin perjuicio del esquema jurídico previamente trazado.

2. TITULARES DE SU EJERCICIO

En cuanto a los beneficiarios de los derechos descritos, conviene advertir que ya el Informe del Abogado del Estado de 2006 concluía «de acuerdo con el Considerando Cuarto de la sentencia de 1927 y siguiendo el criterio de los artículos 4 y 5 de la Ley 5/1980 de 22 de febrero, serán condóminos los Ayuntamientos, los vecinos a título individual o los vecinos en común, esto es, como derechos comunales».

Esa combinación de competencias individuales y colectivas hace de la materia una tesitura de difícil conciliación, pues cada uno de los vecinos podría imponer su derecho al margen de los acuerdos que las entidades públicas pudieran alcanzar para ceder aprovechamientos a cambio de instalaciones económica, social y ecológicamente más rentables y sostenibles. A eso se refiere SANZ JARQUE cuando indica que tal régimen arruina las expectativas de una empresa pujante para el territorio de la comarca.

V. LA MANCOMUNIDAD «ESTADOS DEL DUQUE» Y SU INTERLOCUCIÓN. ALCANCE FRENTE A TERCEROS DE LA POSIBLE LICENCIA DE ACTIVIDADES

Sin embargo, debe señalarse como interlocutor válido en la cuestión la Mancomunidad creada en su seno. Por Orden de 4 de febrero de 2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla-La Mancha se publican los *Estatutos de la Mancomunidad de servicios Estados del Duque*, que integra el Municipio de Porzuna. El organismo se constituye de forma voluntaria, como ejercicio del derecho de asociación de los entes municipales (cfr. art. 44 de la Ley 7/1985, de *Bases de Régimen Local*; y art. 39 de la Ley 3/1991, de *Entidades Locales de Castilla-La Mancha*) y tiene conferida «plena personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines», que se cifran, entre otros, en «la gestión del patrimonio medioambiental» (nº 2), y la «Regulación y gestión de bienes comunales (Estados del Duque)». A este propósito, como es lógico, logra capacidad jurídica «para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras y servicios públicos».

Considero el hecho de un extraordinario relieve, porque la dispersión de intereses y titulares —además sometidos a posibles fluctuaciones, conforme varíe la población del vecindario— haría imposible conseguir un mínimo de acuerdo que aporte certeza sobre una explotación favorable, mediante concesiones de terreno y servicios a cambio de las naturales ventajas en términos de trabajo y explotación económica rentable para la comarca. En suma, para su desarrollo pacífico y libre de incertidumbres respecto de iniciativas provechosas.

El Informe de la Diputación de 2017 incide mucho sobre la idea de que un posible otorgamiento de licencia de actividad no supone discutir los derechos particulares que les pudieran corresponder a los vecinos, que permanecen incólumes. A este fin, insiste acerca del «derecho bastante» que debe acreditar quien la solicite, sin perjuicio de que obren facultades ajenas en vigor.

Es evidente que las licencias y el proceso de su otorgamiento no suponen un juicio acerca de los posibles derechos individuales subsistentes en los terrenos afectados, pero no lo es menos que la licencia como acto administrativo no puede concederse a la ligera, como tampoco implica que los organismos actuantes queden del todo al margen de la eficacia de los actos administrativos que producen. Evidentemente, los derechos privados no quedan comprometidos, mas de todo punto resulta notorio que los actos administrativos vinculan a los propios poderes públicos que los otorgan y que se hallan en la obligación de defender su eficacia, licitud y efectividad práctica. Luego a ellos corresponde poner de su parte cuanto puedan para llevar a buen término la iniciativa que juzgan favorable para su entorno de competencia. Las administraciones adquieren deberes precisos para la salvaguarda del bien común, que tienen conferida institucionalmente, por encima de los intereses particulares que pudieran oponerse. No existe, a mi juicio, bien común sin tener en cuenta el de los particulares, pero su carácter conjunto supera con mucho la suma de dichas individualidades. Comporta un plus valorativo a tener muy presente, pues el desarrollo humano, social, laboral y hasta económico de la Comarca merece asumir pretensiones que afectan al colectivo por encima de lo concreto.

El sistema de licencias administrativas constituye un modelo reglado que asegura en la esfera del Derecho las atribuciones de los organismos oficiales competentes en cuanto al control de licitud y oportunidad de las actividades privadas en el espacio público. Por un lado, afianza la pertinencia de dichas iniciativas y, asimismo, el ajuste al interés general del que son garantes las entidades públicas. A su vez, resulta un mecanismo que hace partícipe al Erario público de las explotaciones particulares de los bienes comunes. Como es lógico, no aseguran de suyo la completa exclusión de derechos que terceros puedan tener reservados, que se conservan en su esencia y alcance; pero sin permitir, un espacio completamente ajeno a la efectividad de los actos administrativos firmes. Estos vinculan a los organismos que los dictan, que tienen la obligación de procurar su eficacia práctica oportuna. Por lo tanto, sin perjuicio de que puedan existir derechos de particulares exentos a su influencia, es evidente que no suponen una mera declaración de principios irrelevante ni permiten que queden por completo al albur de las circunstancias, como si fueran dictados con independencia de los hechos. La licencia comporta que las actividades permitidas se ajustan a Derecho y son proclives al bien común.

En el caso que nos atañe, resulta del todo comprensible que una explotación económica rentable donde antes no había ninguna, la creación de riqueza

y empleos constituye un incentivo para el territorio y la población en la que se inserta. Incorpora un dato significativo para el bien común, cuya promoción corporativa corresponde a las entidades públicas radicadas en su seno.

Dicho de otro modo, la mera conservación inmovilista de derechos históricos difusos en sus atribuciones y beneficiarios, que se tacha de anacrónico y hasta feudal queda por completo excluida de una sociedad moderna y democrática que promueve la Constitución. Además, condicionaría la propia esencia de los órganos públicos, tal y como ahora son concebidos por una sociedad avanzada en valores y principios.

Se trata de un estatuto jurídico extraordinario, fundado en poderes medievales, por mera transacción con una Casa Ducal, a causa de la venta de un territorio por el Rey al Mariscal de Castilla para sufragar la guerra de predominio en la Europa del siglo XVI y que guarda íntima relación con los beneficios y privilegios otorgados en su día en tributo a la Orden de Calatrava. Repudia tanto a la lógica como a la razón, a la justicia y al Derecho que con dichos presupuestos pueda impedir el desarrollo efectivo de actividades acordes con el desarrollo sostenible del medio ambiente característico del siglo XXI, de una economía favorable al territorio en que se implanta y con evidentes réditos al ámbito de referencia traducidos en riqueza y empleos. En síntesis, haría muy flaco favor tanto al conjunto de los vecinos afectados, como a las instituciones públicas democráticas, cuyo propósito es garantizar el bien común. Frente a ello se alzan normas arcaicas y de neto corte feudal reconocidas así hasta por las sentencias que les ofrecen cobertura. Esas disposiciones diseñan un grupo de derechos de difusos contornos e incluso poco determinados en las personas y entidades que subjetivamente puedan lucrarse de su contenido.

VI. CONTRASTE INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA FIGURA. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL MODELO HISTÓRICO

Queda por último el análisis de la cuestión a mi juicio más trascendente en la disciplina. Es decir, el encaje de la figura y de los derechos históricos en el panorama constitucional vigente. Se trata de un examen jurídico, pero también axiológico, en la línea de cuanto las Administraciones Públicas competentes deben valorar a la hora de una hipotética concesión de las autorizaciones oportunas para el desarrollo de iniciativas ajenas en su seno.

1. MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIÓN Y DOMINIO PRIVADO

Por razón de la materia, el tipo de actividad promovida —instalación fotovoltaica— se corresponde con la defensa del medio ambiente, que constituye

uno de los principios capitales del desarrollo sostenible y de la riqueza en términos efectivos y contemporáneos. La búsqueda de fuentes energéticas que disminuyan el pavoroso efecto invernadero, el calentamiento global y palíen en la medida de lo posible las nefastas consecuencias del cambio climático, producido por la sobreexplotación de combustibles fósiles o sucios, representa uno de los mayores retos a los que nos enfrentamos en las sociedades avanzadas, en el marco económico y social moderno.

El derecho al medio ambiente como integrante de los de tercera generación ocupa el esfuerzo de los poderes públicos y permanece muy por encima de los intereses individuales que puedan frenarlos o discutirlos. El propio artículo 45 de la Constitución dispone que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Esa conjunción de derecho-deber, que sería en el ámbito del Derecho privado representativo de un estatus, resulta evanescente por su establecimiento sistemático dentro del Capítulo III del Título I («*De los derechos y deberes fundamentales*») de la Constitución, entre los «*Principios rectores de la política social y económica*». Dicho contexto resulta bien significativo; señala, siquiera sea en el terreno de las pautas, el camino a recorrer, aunque sus dimensiones prácticas no implican derechos individuales esgrimibles a título particular ante los tribunales de justicia de manera directa o inmediata. En efecto, según el artículo 53.3 CE, «*el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen*». Ahora bien, sí comportan, sin lugar a dudas, un referente inmediato que vincula la conducta de los poderes públicos, lo que tratándose de la solicitud de autorización administrativa tiene implicaciones específicas que no es posible omitir.

El propio artículo 45.2 CE no hace sino reforzar la idea en el específico campo que aquí obra. «*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*». Compete a las Administraciones o autoridades públicas hacer efectiva la garantía del derecho a una vida saludable, gracias a un empleo racional de los «*recursos naturales*», entre cuyo elenco la energía solar es del todo prioritaria para «*defender y restaurar el medio ambiente*». Por un lado salvaguardar y por otro prevenir. Ambos efectos se anudan con el recurso a fuentes energéticas limpias, verdes, naturales, sostenibles y novedosas. Tal es la senda que marca el futuro del planeta y de la humanidad en sus venideras generaciones, a las que no podemos legar un hábitat arruinado en sus expectativas. En su virtud, el precepto no solo dicta reales presupuestos de conducta, sino que incide asimismo en su repercusión frente a terceros, por cuanto integra y exige «*la indispensable solidaridad colectiva*».

Este asunto desborda, por otra parte, la consideración normativa concreta del texto constitucional y se adentra en sus principios y entraña. La ecología entendida como un emergente sistema de valores asimismo guarda íntima correspondencia con el Estado social y democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución en su mismo comienzo (cfr. art. 1.1 CE). Los sacrificios que debemos emprender como colectivo nos alcanzan a todos y un justo balance de derechos y deberes se impone más allá de requerimientos sobre la base de atribuciones subjetivas en juego.

Aparte, no se trata de iniciativas más o menos abstractas o evanescentes, sino muy concretas y efectivas. Sería paradójico impedir el desarrollo de una fotovoltaica, pues, sin perjuicio de su beneficioso efecto en los términos globales de la defensa del medio ambiente, también logra repercutir de manera directa como incentivo inmediato en los territorios en que se implante. La creación de riqueza y empleo localizada se concilia muy bien con el beneficio a más largo plazo que reporta. Esta sabia combinación de intereses individuales y colectivos no permanece al margen de las autorizaciones solicitadas, sino que más bien las impulsa decisivamente. Confrontar derechos feudales, anacrónicos y obsoletos con tales axiomas urgentes y prioritarios produciría verdadera inquietud. Desde una perspectiva tan jurídica como valorativa también arroja resultados notorios, máxime cuando los derechos y facultades reconocidos pudieran ser compatibles y hasta en su caso concurrentes en su juiciosa coordinación.

Nadie puede permanecer ajeno al propósito que como sociedad nos marcamos, entre otras cosas por imperativos conjuntos ineludibles. El bien común no es solo la suma de bienes individuales, aunque tampoco exista un resquicio de aquel sin su exacta contemplación. Con todo, el universo de los intangibles, de los intereses difusos, de los imponderables gana terreno decididamente. En tal panorama, la perspectiva de los derechos individuales, privados y subjetivos resulta escasa, confusa, limitada y hasta errónea. Por ello, a los poderes públicos corresponde la defensa del bien común en sus diversas esferas de referencia. Su fundamento en el principio democrático disipa las dudas e incertidumbres que pudiese arrojar la inercia histórica, un pasado redivivo de forma impropia e improductiva, no solo en términos económicos a corto plazo, que también. No es una herencia gravosa e inmutable, sino un dato previo, un presupuesto para el avance a nuevas metas y fines.

El propio «*Preámbulo*» de la Constitución radica su razón de ser en la garantía de «*la convivencia democrática*», «*la justicia la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran*», «*proteger los derechos humanos*», y «*promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*» —no en vano la rúbrica que define como entrada el contenido del citado artículo 45 CE alude a la «*Calidad de vida*»— y «*establecer una sociedad democrática avanzada*». En el desarrollo de tales premisas en su «*Título Preliminar*» aboga por el imperio de la ley establecida en su mismo texto: «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la*

Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» (art. 9.1), en cuya exacta correspondencia se requiere «*a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado»* (disp. final). Por tanto, «*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»* (disp. derogatoria, 3). Así, el propio artículo 9.3 diseña las debidas condiciones básicas del ordenamiento jurídico: «*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»*. Ha de reconocerse que tanto «*la jerarquía normativa»*, como «*la seguridad jurídica»* y «*la publicidad de las normas»* arrojan un test de cumplimiento deficiente para el caso que me ocupa. Luego las apelaciones a «*la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»* alcanza una intensidad insólita para este supuesto.

2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ahora bien, no solo desde una perspectiva más abstracta se obtienen conclusiones válidas para el análisis de la cuestión. Los derechos concedidos a los beneficiarios en la Escritura de Concordia infieren directamente sobre las facultades del dominio. Sea cual fuere su naturaleza, de la que ya nos hemos ocupado *in extenso*, sus concretas atribuciones pueden interferir de manera significativa sobre la propia esencia del derecho de propiedad. Si se caracterizan como perennes e irredimibles vaciarían de contenido su estatuto jurídico, haciendo imposible un desarrollo sostenible, social y económico, de la comarca, que quedaría prácticamente a expensas de una estructura feudalista, medieval, anacrónica y arcaica. Por eso el análisis desde la óptica del derecho de propiedad también arroja luces elocuentes sobre la materia.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que versa del asunto, a tenor de la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, en su Fundamento Jurídico 2º, «*ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su “contenido esencial”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio Texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial»*. «*A este propósito, es oportuno empezar por recordar sucintamente lo que desde tempranas fechas este Tribunal ha declarado ya sobre el concepto del “contenido esencial” de los derechos a que se refiere el citado artículo 53.1 de la Constitución»*. «*Esta noción viene marcada por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recog-*

noscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que [...] puede ser expresada como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 10º)».

Luego el análisis del contenido mínimo por esencia parece ofrecer luces en la disciplina. Nótese que un derecho de propiedad sometido a unas limitaciones cuyo alcance no es posible poner ni hasta *nomen iuris* ya desdice de su autonomía característica y despliegue jurídico efectivo. El conjunto de obstáculos que afronta el dominio lo hace impracticable o al menos mengua su desarrollo. En suma, dificultan su ordinaria proyección más allá de cuanto es justo, lógico y razonable. Las referencias a las condiciones inherentes para una sociedad democrática sortean esquemas medievales y de corte feudal anidadas en su seno, que desnaturalizan la categoría de la propiedad sobre la base de unos esquemas anacrónicos y arcaicos, de hace casi cinco siglos. A ello además conviene añadir que las limitaciones se predicán de un colectivo difuso de titulares que comprenden tanto a los Ayuntamientos, como a los vecinos, todos y cada uno en particular y también en cuanto colectivo. Si se permite que cada variante subjetiva en dicha condición supedite la existencia y nacimientos de derechos individuales oponibles de suyo, convierte la propiedad en una situación tan inestable que hace imposible cualquier progreso fructífero y oportuno del dominio inmobiliario de la Comarca en que radique.

En una perspectiva complementaria, ya no respecto al modo en que los derechos establecidos puedan afectar a los titulares del dominio y despojarles de su haz mínimo de facultades y atribuciones características, la doctrina del Tribunal Constitucional también apela sobre las limitaciones que afectan a cualquier propiedad, en cuanto a los fines que la gobiernan y configuran. Esa óptica permite concluir en el sentido de cuál debe ser la conducta que guíe a las Administraciones de las que dependa la posible licencia de actividades relativas a la explotación económica del territorio.

3. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DOMINIO

El estudio del contenido esencial como elemento básico e indisponible según el entorno democrático vigente conduce a «la garantía del derecho de propiedad

establecida en el artículo 53.1, en relación con el artículo 33 de la Constitución. Para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el citado artículo 33 al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Tras enunciar y reconocer “el derecho a la propiedad privada y a la herencia” en el apartado 1.º de este artículo, el apartado 2.º establece que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes”, y en el 3.º de tales apartados se garantiza finalmente que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes”. Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la sentencia 111/1983 —FJ 8.º— desde la vertiente institucional y desde este último punto de vista, un derecho subjetivo» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

El establecimiento del dominio bajo el imperio de su función socializadora se contempla en la sentencia citada —y otras que contiene, con notorio alcance de verdadera jurisprudencia mantenida en el tiempo y reiterada en sus ideas—, y entraña evidentes repercusiones relativas al caso de referencia. Así, «como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

En suma, no se trata ya del análisis del problema desde la perspectiva de los derechos individuales concurrentes en el objeto, lo que ya es mucho¹³, sino

de las resultas de su convergencia en términos sociales y colectivos, de bien común, de interés general, de servicio a la comunidad que hace mucho más trascendente y prioritaria las actividades del propietario, entendido más allá de mero *dominus* independiente de sus circunstancias y entorno. Es decir, que su concreto ejercicio en absoluto resulta inocuo para el análisis de la preferencia de derechos y situaciones. No son facultades o atributos individuales los que aquí se ventilan, sino el fin buscado en su desarrollo efectivo. La función social no solo limita el derecho como un requisito externo, sino que lo configura en su misma esencia. Por eso la propiedad ha dejado de compartir un esquema único en su misma noción básica y cabe definirla como la mayor soberanía que se reconoce con arreglo al objeto sobre que recae y del entorno físico, económico y social en que se inserta. No es idéntica en un mueble o en un inmueble; y, para este caso, ya sea rústico, ya urbano, y sin quedar al margen de la calificación que obtenga en los planes de urbanísticos o hasta en la llamada PAC (Política Agraria Común). Puede valer entonces prácticamente nada o mucho, dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

Así, «la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo en general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Es evidente que toda restricción de derechos constitucionales, y el de la propiedad lo es desde la perspectiva del artículo 33 CE, requiere como presupuesto que se respete para tales intervenciones el principio de proporcionalidad¹⁴. En el terreno axiológico, y por los intereses que se contraponen, queda muy salvaguardado, según se ha expuesto, mas tampoco en la práctica puede discutirse. Según el Informe de la Diputación de Ciudad Real de 2017, a solicitud del Ayuntamiento de Porzuna, en cuyo término municipal radicaría la instalación de la fotovoltaica, 30.321 de sus hectáreas pertenecen a los denominados «Estados del Duque de Medinaceli en la Comarca de Malagón», y tan solo 300 estarán afectadas por la instalación productora de alternativas energéticas, renovables o verdes. Por tanto, difícilmente aminora los derechos que a los vecinos pudieran corresponder, cuyo censo alcanza una cifra oscilante de cerca de 3500 vecinos en el año 2016 según el INE. Además, varias de las facultades que les competen han sido discutidas hasta en su propia vigencia. De tal modo, se dicen en desuso el de roturar y cultivar, cortar leña y madera. Permanecerían los de pastos, rastrojos y caza, y este muy reducido. Luego las atribuciones al día de

hoy se ven extraordinariamente limitadas y muchas pueden ser compatibles con la existencia y desarrollo de la instalación fotovoltaica de referencia, que no impediría un derecho de paso razonable y oportuno, máxime cuando su precisa extensión se circunscribe a menos del 1% del territorio y en absoluto mengua de forma significativa dicha posibilidad.

Por consiguiente, «resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas [...], es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito». «Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Es decir, la razonabilidad y el *minimum* propio del dominio viene dictado por el momento y las circunstancias tenidas en cuenta, mas sobre la base de los incentivos y necesidades colectivas características de la sociedad moderna y avanzada. En todo caso, las limitaciones que otros puedan imponer en suelo ajeno nunca podrán despojar a sus titulares de un haz imprescindible de atribuciones que permita definir como propiedad la detentada en su patrimonio. Si se les arrebatara la disposición, ni se permite usucapir por entero y se afirma que los gravámenes resultan perennes se trataría de un estatuto jurídico formal e inane. Entender los derechos atribuidos en la Escritura de Concordia de aquel modo simplemente anula o hace irreconocible la propiedad aneja. El derecho de pastos y rastrojos, y el de caza y pesca reivindicable por cualquier vecino y en todo tiempo consumiría el contenido del dominio de forma perpetua y sin disposición posible. A ello hay que añadir que oponerlos como un paredón inmovible para frenar iniciativas sociales prioritarias, habida cuenta de su

origen y naturaleza feudal sería un completo despropósito, completamente contrario a los imperativos constitucionales traducidos a la práctica por el Tribunal Constitucional en la doctrina expuesta.

Tratándose para el caso que nos ocupa de una comarca bien definida y con un terreno dedicado a las actividades fundamentalmente agrícolas conviene advertir que «la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas. Por ello, y aunque nuestro Texto Constitucional no contenga ninguna previsión específica en relación con la propiedad agraria, al contrario de lo que ocurre con otros tipos de bienes inmuebles o recursos naturales (arts. 45 y 47), debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada, en general, y de la propiedad agraria, en particular» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º). A la vista de semejante declaración casi huelga concluir en orden a las atribuciones marcadas por un documento como la Escritura de Concordia de origen medieval, de características feudales y cifrado en la primera parte del siglo XVI.

En fin, «no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Luego, como reconoce la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015 de 14 mayo, en su Fundamento Jurídico 13º, «el derecho constitucional afectado es, por tanto, el de propiedad privada (art. 33 CE), que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir»; «haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función

social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad».

Ahora bien, habida cuenta que depende íntimamente de las circunstancias concretas, «no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10)» (STC 93/2015 de 14 mayo, FJ 13°).

4. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE LA ESCRITURA DE CONCORDIA

Esta competencia del Tribunal Constitucional en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, en cierta medida se comparte por el Tribunal Supremo mediante un mecanismo conocido como la inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a su promulgación. Se trata de un instrumento de práctica infrecuente, pero no del todo esporádico. Se registran sentencias sobre derechos reales de garantía inmobiliaria [cfr. SSTS 324/1999, de 20 de abril; 703/2008, de 14 de julio; y 373/2009 de 25 de mayo (con voto particular)], contratos locaticios (cfr. STS 833/2011, de 17 de noviembre), títulos nobiliarios (cfr. SSTS 1112, 1113 y 1115/1997, de 12 y 13 de diciembre; 129 y 248/1999, de 19 de febrero y 26 de marzo; 251/2008, de 3 de abril; y 649 y 660/2009, de 15 y 21 de octubre), sucesiones (cfr. SSTS 34/1986, de 10 de febrero y 321/1992, de 6 de abril) y filiación (cfr. SSTS 224/1995, de 17 de marzo y 776/1999, de 21 de septiembre¹⁵).

La base normativa del recurso se obtiene de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su artículo 5.1 establece que «*la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos*». En su virtud, el artículo 6 LOPJ ordena que «*los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa*». La fórmula ordinaria es la cuestión de constitucionalidad promovida por los órganos judiciales cuando «*considerare, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución*» (art. 5.2 LOPJ), o mientras «*por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional*» (art. 5.3 LOPJ). Ahora bien, para el caso del Tribunal Supremo, «*en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para*

decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (art. 5.4 LOPJ).

Este cauce será relevante cuando se quiera esgrimir ante los tribunales los derechos concedidos por la Escritura de Concordia contra el desarrollo de actividades autorizadas por las oportunas concesiones administrativas.

«Sin embargo, estos derechos están plenamente vigentes, se rigen por propia normativa y el único cauce legal para solucionar ese anacronismo es la aplicación de las medidas de la Ley 5/1980, de 22 de febrero» (IAE 2006), de la ya se ha tratado. El hecho parece indicar que una norma jurídica con rango legal ordinario y posterior a la propia Constitución reconoce su estatuto, pero a mi juicio no sucede así al margen de otras consideraciones. La citada Ley en su caso contempla y no transforma la eficacia *in natura* de las disposiciones de que trae causa. Con ello se induce que, si dicho régimen resulta en esencia susceptible de declararse sobrevenidamente inconstitucional, para nada variaría dicha consideración el hecho de ser contemplado en norma jurídica posterior a la Carta Magna. Dicho de otro modo, la Ley de 1980 contempla el estatuto de referencia sin variar en absoluto su ignota y discutible naturaleza que permanece incólume, con sus pros y con sus contras.

VII. CONCLUSIONES

I. Los «Estados del Duque» contemplan un régimen específico de la tierra definido en la Escritura de Concordia de 5 de mayo de 1552, rubricada por sanción regia en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Constituyen estatuto jurídico extraordinario, fundado en poderes medievales y de neto signo feudal, anacrónico y arcaico. Repudia tanto a la lógica como a la razón, a la justicia y al Derecho que con dichos presupuestos pueda impedir el desarrollo efectivo de actividades acordes con el desarrollo sostenible del medio ambiente característico del siglo XXI, de una economía favorable al territorio en que se inserta y con evidentes réditos al ámbito de referencia medido en riqueza y empleos.

II. La Escritura de la Concordia resulta un acabado ejemplo de instrumento de naturaleza transaccional y no un Fuero, ya que huye de dicha denominación, y no contempla derechos y privilegios de carácter público. Tampoco atañe al estatuto personal, sino real, pues no reconoce vecindad civil determinada en sus titulares (cfr. arts. 9.1, 10.1 y 14 CC).

III. La categoría de los derechos que contempla en favor de los Concejos, de cada vecino y de todos como aprovechamiento comunal resulta de muy difícil calificación. La sentencia de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929 descarta el usufructo, la servidumbre predial, el arrendamiento y el censo. Lo califica de condominio en el sentido vulgar del término. Por mi

parte, y tomando pie de jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, lo califico mejor como servidumbre personal. Permitiría resolver el problema de la usucapión imposible, por ser aparente pero discontinua (cfr. arts. 532 y 539 CC), y asimismo autorizaría su posible redención (cfr. art. 546.6 CC) que allana el grave problema de su carácter perpetuo incompatible con la Constitución.

IV. La Escritura de Concordia recoge ciertos derechos, pero no todos han logrado consolidarse a lo largo del tiempo, habida cuenta que algunos han caducado, como el de roturar y cultivar, y otros decaen por inobservancia de su ejercicio, así el de cortar leña y madera. Luego quedan vigentes los de pastos y caza, si bien este último aminora mucho su impacto. Esas atribuciones traen consigo también otras auxiliares que las hagan factibles, del estilo de derecho de paso para efectuarlas y han de ser permitidos en la práctica con la mayor flexibilidad que favorezca su ejercicio. La Ley 5/1980, de 22 de febrero, *relativa las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma*, los cifra en «*de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor*».

V. La doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al contenido esencial del derecho de dominio arroja resultados elocuentes. La conservación de derechos feudales compromete la propiedad hasta desdibujar sus perfiles. Si se caracterizan como perennes e irredimibles vaciarían el núcleo de su estatuto jurídico. Las condiciones inherentes a una sociedad democrática excluyen de suyo tales esquemas anacrónicos y arcaicos, de hace casi cinco siglos.

VI. Sobre la base de los artículos 5 y 6 LOPJ al Tribunal Supremo compete la declaración sobrevenida de la inconstitucionalidad de las normas. Este cauce será bien significativo cuando se quiera esgrimir ante los tribunales los derechos concedidos por la Escritura de Concordia contra el desarrollo de iniciativas rentables donde antes no había ninguna, pues la creación de riqueza y empleos constituye un incentivo para el territorio y la población en la que se inserta. El fomento de fuentes energéticas limpias, verdes, naturales, sostenibles y modernas radica en el artículo 45 CE como «*derecho al medio ambiente*», principio rector de la política social y económica que debe informar las actuaciones de los poderes públicos (cfr. art. 53.3 CE). En su virtud, el precepto apela y exige «*la indispensable solidaridad colectiva*». En términos generales, artículo 9.3 CE diseña las debidas condiciones básicas del ordenamiento jurídico. Ha de reconocerse que tanto «*la jerarquía normativa*», como «*la seguridad jurídica*» y «*la publicidad de las normas*» arrojan un test de cumplimiento deficiente para este caso.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- SPI de Ciudad Real de 28 de junio de 1927
- SAT de Albacete de 23 de marzo de 1929

- STS de 17 de diciembre de 1888.
- STS de 21 de abril de 1896.
- STS de 29 de septiembre de 1900.
- STS de 26 de noviembre de 1901.
- STS de 9 de julio de 1903.
- STS de 30 de noviembre de 1908.
- STS de 3 de abril de 1909.
- STS de 9 de julio de 1910.
- STS de 30 de junio de 1914.
- STS de 8 de marzo de 1916.
- STS de 6 de julio de 1920.
- STS de 9 de mayo de 1922
- STS de 14 de noviembre de 1924.
- STS de 20 de marzo de 1929
- STS de 30 de octubre de 1929.
- STS de 4 de octubre de 1930.
- STS de 5 de diciembre de 1930.
- STS de 2 febrero de 1944.
- STS de 12 de noviembre de 1959.
- STS de 24 de febrero 1984.
- STS de 10 de febrero de 1986.
- STS de 16 de febrero de 1987.
- STS de 6 de abril de 1992.
- STS de 17 de marzo de 1995.
- STS de 12 de diciembre de 1997.
- STS de 13 de diciembre de 1997.
- STS de 19 de febrero de 1999.
- STS de 26 de marzo de 1999.
- STS de 20 de abril de 1999.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 26 de julio de 2001.
- STS de 7 noviembre de 2006.
- STS de 3 de abril de 2008.
- STS de 14 de julio de 2008.
- STS de 25 de mayo de 2009.
- STS de 15 de octubre de 2009.
- STS de 21 de octubre de 2009
- STS de 17 de noviembre de 2011.
- STC de 11 de abril de 1981.
- STC de 26 de marzo de 1987.
- STC de 20 de marzo de 1997.
- STC de 14 de mayo de 2015.

BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN RIVACOBRA, R. (2005). El anonimato del progenitor. En J.M González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I. Madrid: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico (1361-1410).
- (2008). Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad. En F.J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi (69-90).
- (1993). La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 121-144.
- (1996). *Derecho Interregional*, Madrid: Dykinson.
- DURÁN RIVACOBRA, R. y GARCÍA LLERENA, V.M. (2011). Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet. *Actualidad Civil*, núm. 10, 1090-1130.
- DURÁN RIVACOBRA, R. y MENÉNDEZ MATO, J.C. (2017). *La transacción expresa y tácita*. Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA GOYENA, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- REGLERO CAMPOS, L.F. (2001). Comentario a las disposiciones transitorias 1ª a 13. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*. Pamplona: Aranzadi (2218-2227).
- RUBIO GONZÁLEZ, A. (2008). Naturaleza jurídica de los derechos derivados de la Escritura de Concordia de 1552 relativa a los Estados del Duque en la comarca de Malagón. *Anales de la Abogacía General del Estado*, núm. 2006. 490-511.
- SANZ JARQUE, J.J. (1976). Sobre la tenencia de la tierra en general y en los montes y terrenos del Estado de Malagón en particular. *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Vol. II. Madrid: Tecnos (641-702).

NOTAS

¹ Por poner en adecuado contexto la circunstancia jurídica resulta oportuno referir los aspectos básicos de población y territorio que le atañen. Hechos que ayudan a conseguir la mejor óptica para las decisiones que puedan adoptarse acerca de su óptima solución. El ordenamiento jurídico no puede operar al margen de los datos sobre los que se diseña. Un conjunto de reglas abstractas que desconocieran la base fáctica cuya disciplina pretende, constituye la peor de las medidas imaginables. El servicio del Derecho a las personas y realidades que contempla resulta un presupuesto indisponible. Si a resultas de su régimen se producen notorias distorsiones hay que poner remedio a la deriva, por injusta y antisocial. Las normas deben guardar respeto a las finalidades que las respaldan y nunca exigir una ciega obediencia muy lejana de su propósito.

Un oportuno ejemplo registra el caso a que aludo. Dentro de los Estados del Duque se sitúa al Ayuntamiento de Porzuna, en la Provincia de Ciudad Real. Según fuentes oficiales del Municipio, en su página web, en el año 1960 tenía 8.189 habitantes, y conforme a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2016 eran 3.661 vecinos. Es decir, su población se ha visto mermada en este periodo hasta quedar reducida en un 60%. Esta cifra indica cuál es el verdadero ámbito subjetivo de referencia, en cuanto a las personas que pueden ostentar en teoría el ejercicio de los derechos que indicaré acto seguido y que

puieran verse afectados. Como después se justifica, los derechos aún vigentes en su esfera jurídica se ven muy restringidos en sus actuales parámetros.

En cuanto al ámbito territorial, según el Informe de la Diputación de 2017 que cito luego, el Ayuntamiento de la localidad de Porzuna comprende una extensión de 30.321 hectáreas pertenecientes a los denominados «Estados del Duque de Medinaceli en la Comarca de Malagón». Es decir, que medido en términos de ocupación afecta la iniciativa que comento a menos del 1% de la Comarca.

² No en vano su Cruz consta en el escudo del Ayuntamiento de Porzuna.

³ El Tribunal Supremo se ocupó desde temprano en diversas ocasiones de la cuestión, muy peculiarmente acerca de materias sucesorias, como en las sentencias de 21 de abril de 1896, sobre cláusulas *ad cautelam* testamentarias; de 29 de septiembre de 1900 y 8 de marzo de 1916, sobre nulidad de memoria testamentaria; 26 de noviembre de 1901, sobre nulidad de testamento; 9 de julio de 1910, sobre reclamación de mejora; 30 de junio de 1914, sobre nulidad de testamento ológrafo.

⁴ Como afirma REGLERO CAMPOS, «la expresión “actos y contratos” debe entenderse en un sentido técnico, de decir, como una acepción más específica dentro de la categoría más amplia de los hechos jurídicos» [REGLERO CAMPOS, L.F. (2001). Comentario a las disposiciones transitorias 1ª a 13. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*. Pamplona: Aranzadi (2220)].

⁵ Cfr. BOCG de 1 de diciembre de 1978.

⁶ Cfr. *Ibidem*, de 20 de octubre de 1979.

⁷ Como recientemente y con amplitud he tenido la ocasión de analizar: cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. y MENÉNDEZ MATO, J.C. (2017). *La transacción expresa y tácita*. Pamplona: Aranzadi.

⁸ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. (1996). *Derecho Interregional*, Madrid: Dykinson (155 y sigs.).

⁹ Acerca de la significación jurídica de los estatutos personal, real y formal, cfr. más ampliamente, DURÁN RIVACOBÁ, R. (1993). La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 121-144.

¹⁰ Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. (2008). Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad. En F.J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi (69-90).

¹¹ Cfr. SANZ JARQUE, J.J. (1976, 688.).

¹² Cfr. *Ibidem* (1976, 698).

¹³ Ambas perspectivas individual y social en absoluto se contraponen. Como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo, en su Fundamento Jurídico 7º, hablando del «contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o extralimitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que este sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente».

¹⁴ Cfr. ampliamente la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales, en DURÁN RIVACOBÁ, R. y GARCÍA LLERENA, V.M. (2011). Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet. *Actualidad Civil*, núm. 10, 1090-1130.

¹⁵ Cfr. su estudio en DURÁN RIVACOBÁ, R. (2005). *El anonimato del progenitor*. En J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I. Madrid: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico (1361-1410).

(Trabajo recibido el 21-11-2018 y aceptado para su publicación 1-4-2019)

DERECHO COMPARADO

Publicidad, seguridad jurídica
y tercero inmobiliario.
Apuntes teóricos y jurisprudenciales
de cara al debate de su necesaria
protección en Cuba

*Advertising, legal certainty
and third party real estate.
Theoretical and jurisprudential
notes for the debate on its necessary
protection in Cuba*

por

MARTA FERNÁNDEZ MARTÍNEZ

Profesora Titular de Derecho civil y de Familia. Notaria

YANET ALFARO GUILLÉN

*Profesora Titular de Derecho civil y de Familia
ex-magistrada del Tribunal Supremo Popular. Notaria*

YUNIEL ROSABAL ROBAINA

*Profesor Auxiliar de Derecho civil y de Familia
Especialista Registral del Registro de la Propiedad de La Habana Vieja*

«Los códigos nuevos quieren la seguridad y establecen la Ley Hipotecaria»¹.

José MARTÍ

RESUMEN: Las modificaciones normativas operadas en Cuba a partir de la entrada en vigor de un conjunto de disposiciones legales desde el año 2011, han

transformado el tráfico jurídico privado, fundamentalmente en el orden contractual. El incremento de las transacciones que tiene por objeto el desplazamiento de la titularidad de la vivienda de residencia permanente, ha incorporado un nuevo matiz a toda la litigiosidad civil en el ámbito nacional. En este tipo de conflictos la importancia de la inscripción registral como elemento cardinal en su resolución, conquista los primeros lugares en la atención académica y jurisprudencial. En cambio queda relegado el ámbito normativo, en el que imperan incógnitas sobre la vigencia de una preceptiva que casi alcanza los 126 años de promulgada. Particularmente el estatuto jurídico del tercero adquirente en el engendro de controversias asociadas a la titularidad del inmueble urbano más importante, cuenta con contornos poco nítidos, que no permiten vislumbrar la línea por la que transita. Así los pronunciamientos judiciales se muestran vacilantes, aunque con algunas tendencias recientes que esperan el rumbo del tema en la nación.

ABSTRACT: The normative modifications operated in Cuba since the entry into force of a set of Legal Provisions since 2011 have transformed private legal traffic, fundamentally in the contractual order. The increase in transactions aimed at shifting ownership of permanent residence has added a new nuance to all civil litigation at the national level. In this type of conflicts the importance of the registry inscription as a cardinal element in its resolution, conquers the first places in the academic and jurisprudential attention. On the other hand, the normative scope is relegated, in which there are unknowns about the validity of a preceptive that reaches almost 126 years of promulgation. In particular, the legal statute of the third party acquirer in the engendering of controversies associated with the ownership of the most important urban property, has unclear contours that do not allow a glimpse of the line through which it passes. Thus the judicial pronouncements are hesitant, although with some recent trends that hope the direction of the issue in the nation.

PALABRAS CLAVES: Fe pública registral. Publicidad registral. Tercer adquirente. Inmatriculación. Doble inmatriculación. Titular. Titular registral. Jurisprudencia.

KEY WORDS: Registered public deed. Registered advertising. Third party acquirer. Immatriculation. Double immatriculation. Owner. Registered owner. Jurisprudence.

SUMARIO: I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y CRECIMIENTO ECONÓMICO. BREVE VALORACIÓN.—II. LA SE-

GURIDAD JURÍDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL. PUBLICIDAD Y SEGURIDAD.—III. EL TERCERO, SU PROTECCIÓN Y SU PUBLICACIÓN. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA: 1. ACERCA DE LA DISTINCIÓN ENTRE EL TERCERO CIVIL Y TERCERO REGISTRAL.—IV. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. EL CASO DE LA DUPLICIDAD DE INSCRIPCIONES. PATOLOGÍA DEL SISTEMA.—V. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN CUBA: VIGENCIA DE LA LHU DE 1893. EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN.—VI. AVANCES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE EN CUBA: ESPECIAL ÉNFASIS EN LOS COMPRADORES DE VIVIENDAS DE RESIDENCIA PERMANENTE: 1 SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE HA DESPLEGADO LA PROTECCIÓN. 2 SUPUESTOS EN LOS QUE SE HA DESPLEGADO LA PROTECCIÓN.—VII. CONCLUSIONES.

I. LA PUBLICIDAD REGISTRAL, LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL CRECIMIENTO ECONÓMICO. BREVE VALORACIÓN

En una triada inseparable y concatenada dialécticamente como causa-efecto, la publicidad brinda seguridad y protege al tercero adquirente, en alianza de justicia con las reglas de propiedad y de responsabilidad. La publicidad existe como requisito para favorecer y no para afectar al tercero, y ya no solo al crédito territorial, sino a todos los derechos reales en la agilidad del comercio. Varias preguntas nos hacemos cómo y quién logra una protección más eficiente en la adquisición de la propiedad en los contratos traslativos del derecho de propiedad: ¿la entrega como elemento consustancial de la teoría del título y el modo, o la publicidad registral? ¿Si no protegemos al tercero tiene efectos la publicidad y por ende el registro que de ella se deriva?

La tesis de ÁVILA² nos pone al tanto de lo difícil que resulta analizar la pluralidad semántica de la seguridad jurídica. Así, el autor plantea la necesidad de justificar la importancia de la seguridad jurídica desde todo su enorme arquetipo: seguridad del derecho, por el derecho, frente al derecho, de los derechos, bajo el derecho, por un derecho, como un derecho y en el derecho. Las distintas dimensiones de la seguridad permiten el mínimo de confiabilidad y previsibilidad del ordenamiento jurídico.

Para CHICO³ el principio romano de seguridad jurídica que atañe al derecho tal cual es, en todo su contenido propio, se basa en el principio de que nadie puede transmitir un derecho que no sea suyo. Y para el principio germánico, la seguridad en el tráfico jurídico, impone la situación registral frente a la real.

La publicidad registral, es la exteriorización sostenida e ininterrumpida de determinadas situaciones jurídicas que organiza e instrumenta el Estado a través de un órgano operativo para producir cognoscibilidad general *erga omnes* respecto de terceros, con el fin de tutelar los derechos y la seguridad en el

tráfico de los mismos. Por ello, tiene como objeto garantizar y proteger a los inscritos y a terceros, brindando una seguridad jurídica eficaz.

Ergo, su rol como herramienta de aseguramiento del derecho de propiedad sobre inmuebles, ha transitado desde una débil presencia en el derecho antiguo, hasta su indispensable utilización en las más avanzadas economías de mercado. Así, un grupo de autores⁴ al estudiar las antiguas formas solemnes de transmisión de la propiedad en el derecho romano, advirtieron en la *mancipatio* y la *in iure cesio* los primeros atisbos de la institución. Otros como GIANTURCO⁵, descartaron su relación con el derecho antiguo, presentándola como un fenómeno desconectado de las raíces romanas, hebraicas, griegas, medievales y germánicas.

Precisamente la publicidad inmobiliaria se instrumenta en el siglo XIX, ante la necesidad de la corriente económica liberal de asegurar los derechos de propiedad contra las reminiscencias del feudalismo. Su nacimiento estuvo condicionado por un periodo de crisis económica y de falta de liquidez que demandó garantías adicionales para el emprendimiento económico.

En este sentido, los sistemas registrales modernos son más eficientes cuando contribuyen a dinamizar la actividad económica sin sacrificar la seguridad de las transacciones. El equilibrio entre la celeridad de las transacciones y la seguridad jurídica estimula las decisiones de inversión y hace posible la financiación mediante el crédito con garantía inmobiliaria a tasas de interés más contenidas que las de crédito con garantías personales.

No obstante, el progreso, la inversión y la seguridad de las transacciones inmobiliarias no dependen de los mismos factores en todas las latitudes. Aplicar una fórmula registral capaz de estimular la economía es una tarea compleja que debe apoyarse en otras instituciones que la respalden. Tarea compleja, además en el contexto de la Internet, la interconexión entre grandes sistemas de información y los nuevos paradigmas tecnológicos como el *Cloud Computing*, la virtualización y el *Big data*.

Por otra parte, las garantías que ofrece la publicidad inmobiliaria se traducen en efectos, llamados también por la doctrina «principios hipotecarios». Estos fijan los presupuestos para que un sistema pueda solucionar determinados conflictos relativos al derecho de propiedad a partir de su registración.

Disímiles posturas se han adoptado para defender o atacar mayor o menor protagonismo del Registro en pos de garantizar la seguridad jurídica a través de los efectos de la inscripción, algunas veces son mastodónticos, pero necesarios para conservar la confiabilidad en el sistema.

Sobresalen, a nuestro juicio dos corrientes fundamentales:

La concepción clásica, típica de los sistemas jurídicos con predominio de un enfoque civil puro, de fuerte tradición romanista, donde la eficacia frente a terceros del derecho real responde a una perspectiva intra-contractual o concepción insular del contrato, siendo los efectos frente a terceros catalogados como efectos «reflejos o indirectos» del contrato. De tal suerte, declarada la nulidad de un acto jurídico se produce la nulidad de los actos posteriores, solo

quedando al afectado la posibilidad de reclamar el saneamiento por evicción ante la ineficacia contractual⁶.

La otra tesis se fundamenta desde el análisis económico del Derecho bajo la premisa de que fuera del Registro, las titularidades que se ostentan son meramente negociables u *ob rem*. Se defiende una dualidad de sistemas de adquisición de la propiedad: el civil para la propiedad no inscrita y el hipotecario para la inscrita. Así, una vez que se inscriba un derecho, su titular queda protegido mediante una regla de propiedad que hace inatacable su adquisición.

Según la postura que se adopte, se ofrecerá un mayor o menor grado de protección al derecho de propiedad.

II. LA SEGURIDAD JURÍDICA COMO VALOR CONSTITUCIONAL. PUBLICIDAD Y SEGURIDAD

La seguridad jurídica forma parte del enunciado de principios que nuestra Constitución garantiza. La Carta Magna garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y de esta forma el nuevo proyecto constitucional de Cuba se transversaliza en todo el texto como valor supremo constitucional que va unido a la justicia.

Visto así, las situaciones jurídicas publicadas sirven para otorgar seguridad a las relaciones entre particulares, este reconocimiento de la seguridad que otorga el registro se logra mediante la exteriorización de determinadas situaciones es de tal naturaleza que, incluso, se encuentra expresamente consagrado en D-L 335/15, «Del sistema de registros públicos de la República de Cuba»⁷ en su artículo 5 H que la Seguridad es: La publicidad que emana de los registros posee las medidas técnicas y organizativas necesarias para evitar adulteraciones, pérdida de información y su uso por personas no autorizadas.

Vinculada esta más a nuestro juicio con la protección de los datos que con la seguridad de los derechos adquiridos e inscritos. Lo define no como un principio jurídico, sino como una institución de control interno de protección de los datos de los Registros y no en el sentido que se aborda.

III. EL TERCERO, SU PROTECCIÓN Y SU PUBLIFICACIÓN. POSTURAS A FAVOR Y EN CONTRA

El Tribunal Constitucional peruano, en alguna que otra ocasión, señala que el Registro no crea la realidad, sino que debe igualarse a la realidad jurídica.

Debe configurar una prueba de la propiedad, más o menos ajustada a los hechos, para que pueda cumplir su fin de seguridad con justicia. El Registro publica la realidad; pero no la inventa, no la crea, no la reduce ni la minimiza⁸.

En la esfera jurídica del verdadero titular del bien: (i) la pérdida perentoria en este orden de ideas, son dos los efectos concretos que produce el Principio de Fe Pública Registral irreversible de su derecho de propiedad en beneficio de la persona que contrató confiando en la exactitud y certeza de la publicidad registral; y, (ii) la incapacidad de poder cuestionar la adquisición del tercero en base a los vicios y/o irregularidades que presenta el derecho del transferente.

El verdadero titular del derecho no tendrá legitimidad para reclamar la propiedad del bien. Los vicios en el derecho del disponente que no figuran en el Registro no inciden en la esfera jurídica del tercero adquirente de buena fe, quien se convierte para todos los efectos en el nuevo propietario del bien. A nuestro juicio, es preferible sustituir la buena fe por inexactitud registral, tal como queda redactado en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893.

Ciertamente, la publicidad tiene una función de aseguramiento y potenciación de los derechos ya creados. Es una herramienta de legitimación en el tráfico que cumple un papel esencial de reasignación del derecho real en favor de quien confía en la información publicitada. Existen varios modelos donde la publicidad desempeña funciones diversas. No debe constreñirse a un único sistema homologable a todos los ordenamientos jurídicos.

Según ROCA SASTRE⁹: la publicidad registral puede desplegar su función en siete direcciones:

Como elemento protector de terceros adquirentes por negocio jurídico registrado, en el sentido limitado de prioridad registral de títulos incompatibles entre sí, que es el propio de los denominados sistemas de inoponibilidad de lo no registrado respecto de tales terceros llamados también de transcripción. (Francia, Italia, Bélgica).

Como elemento legitimador y protector del titular inscrito y, en especial, de los terceros adquirentes por negocio jurídico registrado, en el amplio sentido de presunción de exactitud del contenido del Registro, que es el seguido por los sistemas denominados de desenvolvimiento técnico. Seguido por los sistemas germánicos (Alemania y Suiza).

Como elemento de inatacabilidad de lo registrado, salvo excepciones tasadas, respecto del titular registrado, que es el típico del sistema registral australiano o del Acta Torrens.

Como elemento de valor constitutivo de la existencia del derecho o acto registrable.

Como instrumento de afección de lo inscrito a terceros adquirentes.

Como instrumento de cognoscibilidad legal de los asientos registrales.

Y como instrumento de información del contenido del Registro, que se denomina publicidad formal o informativa.

GALLEGO DOMÍNGUEZ¹⁰, encuentra además, en la protección al consumidor otra importante función de la publicidad. Afirma este autor, que «un derecho básico del consumidor es la seguridad y a esta seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario atiende el Registro de la Propiedad, con el principio de publicidad material, con sus importantes efectos sustantivos».

Criterio que compartimos, puesto que llama la atención sobre una función novedosa del Registro de la Propiedad. Resulta útil entender que la publicidad registral es una manera de suministrar al consumidor o al usuario en general, una información oficial que será tenida como cierta, completa y veraz, de la situación jurídica de las fincas.

LÓPEZ MEDEL¹¹, señala también que las funciones que debe desempeñar la publicidad obedecen a valores jurídicos. Uno es la certeza presuntivamente probada, entendiendo a la sociedad en general como destinataria de la fe pública registral porque el Registro indica los legitimados para disponer del derecho inscripto. El otro es la seguridad jurídica-justicia, que es el fruto dinámico de la propia certeza no estáticamente concebida, que atribuye un contenido real a la seguridad, con reserva a los tribunales. Siguiendo a GARCÍA GARCÍA¹², podemos resumir los fines la publicidad registral en los siguientes:

«La seguridad jurídica de los derechos y del tráfico de bienes inmuebles»: Entendida no como la contraposición de la seguridad del tráfico y seguridad del derecho, pues en un sistema moderno, se entiende, supera la antigua clandestinidad, pues se prefiere la seguridad del derecho subjetivo que ha sido publicado frente al derecho no publicado o clandestino¹³.

«El fomento del crédito territorial porque»: La publicidad efectiva aumenta el número de propietarios porque estimula el crédito para la compra de inmuebles en personas que carecen de dinero suficiente. Se estimula que el crédito vaya hacia la creación o ampliación de pequeñas y medianas empresas y hacia la construcción de naves industriales y agrícolas, necesarias para el desarrollo de tales actividades.

«Tiene una finalidad cautelar»: Con el sistema de publicidad registral se evita que proliferen excesivamente los pleitos en dicho ámbito.

1. EL TERCERO CIVIL, TERCERO REGISTRAL. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS

El tercero registral es el titular registral que resulta beneficiado o perjudicado, por aplicación de los principios que recoge el sistema registral, respecto de una relación jurídica ajena, pero conexas con su derecho inscrito y que confronta con el mismo. Es decir, el tercero registral, es el que resulta protegido por el ordenamiento jurídico y mantiene su derecho inscrito en el Registro cuando el de su transferente se ha anulado, rescindido o resuelto en mérito a causas que no constan en el Registro.

Hay autores que consideran que el Principio de Fe Pública Registral sacrifica el derecho del verdadero propietario en beneficio del tercero adquirente, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la confianza en la apariencia registral¹⁴. Nótese que la propiedad del tercero adquirente no nace del contrato celebrado con el disponente, sino de la ley (*ex lege*). Otros por el contrario consideran que el inscrito es *verus domino* y que se contrata con él porque es quien el Estado señala como propietario del bien.

En este orden de ideas, son dos los efectos concretos que produce el Principio de Fe Pública Registral en la esfera jurídica del verdadero titular del bien: (i) la pérdida perentoria e irreversible de su derecho de propiedad en beneficio de la persona que contrató confiando en la exactitud y certeza de la publicidad registral; y, (ii) la incapacidad de poder cuestionar la adquisición del tercero en base a los vicios y/o irregularidades que presenta el derecho del transferente.

El verdadero titular del derecho no tendrá legitimidad para reclamar la propiedad del bien. Los vicios en el derecho del disponente que no figuran en el Registro no inciden en la esfera jurídica del tercero adquirente de buena fe, quien se convierte para todos los efectos en el nuevo propietario del bien. Para algunos es importante la buena fe, para otros es innecesario el argumento porque la exactitud es técnicamente mejor elaborada.

GARCÍA GARCÍA¹⁵ señala: (...) el requisito de la buena fe del artículo 34 LH es exigible respecto a una adquisición 'a non domino'. Pero una vez producida esta, el sucesivo adquirente lo hace 'a domino', pues el que adquirió 'a non domino' se convierte en 'dueño'. Luego el que adquiere de él, adquiere a dominio y no necesita ninguno de los requisitos del artículo 34 LH, porque realiza una adquisición normal y corriente (...) Esta es la opinión de MENGONI¹⁶, autor italiano especialista en el tema de adquisición esa 'non domino', que entiende que «cuando la circulación del bien ha sido efectivamente sanada por una adquisición intermedia de buena fe, entonces la mala fe del adquirente sucesivo es irrelevante, por tratarse de una adquisición 'a domino'».

Otro aspecto relevante que debe destacarse es que la adquisición no se produce por contrato sino por el efecto del Principio de Fe Pública Registral. La propiedad, entendida como derecho subjetivo, tiene como origen una sola fuente. Si se ha celebrado un contrato de compraventa con el verdadero propietario del bien, el adquirente será dueño porque habrá adquirido el dominio de quien efectivamente lo ostentaba. En caso que ello no suceda, es decir, si se ha celebrado una compraventa con quien no tiene derecho sobre el bien, el adquirente no habrá adquirido el derecho por vía convencional. Y es que nadie puede transmitir convencionalmente un derecho que no tiene ni trasladar situaciones jurídicas de mejor nivel que las que uno tiene (*nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*). Sin embargo, el tercero puede convertirse en propietario del predio (al amparo de la Fe Pública Registral), si demuestra haber satisfecho los presupuestos legales.

Entonces, ¿en qué se diferencia el tercero registral del tercero civil? El tercero civil es aquella persona que no es parte en una relación jurídica determinada, por lo tanto, puede o no, ser afectado por las consecuencias que se puedan generar en dicha relación. Se trata de cualquier persona ajena a una relación jurídica. Sin embargo el tercero registral, es aquella persona que tampoco es parte en una relación jurídica determinada, pero que reúne además determinadas condiciones, señaladas en la legislación, que le permiten mantenerse en la adquisición de un inmueble.

Para un sector doctrinal, la aplicación del principio de fe pública registral es ante circunstancias excepcionales de tutela del tercero cuya conducta es digna de valoración positiva; siempre y cuando el despojo del propietario se produzca por una omisión o acción culpable de este. Consideran exageradas todas aquellas posturas por las cuales la sola inscripción tiene ya por sí misma la protección del Registro. El principio de fe pública es una clara muestra de interpretación contraria a los valores constitucionales¹⁷, pues se limita a legalizar el despojo de un propietario sin verificar la diligencia del tercero, ni la negligencia del titular afectado. (Tales razones no son admisibles por razones constitucionales, morales y dogmáticas). Un ejemplo es el caso de las falsificaciones de instrumentos públicos que llegan a inscribirse; y luego permiten seguidamente que un tercero adquiera confiando en la apariencia registral. Esta es una hipótesis que infringe la Constitución, pues desnaturaliza la garantía de indemnidad. Siendo el propietario, que sufre la falsificación, ser inocente de la apariencia (falsa) que el Registro crea.

Para este sector de la doctrina el Registro solo puede otorgar una relativa seguridad, y no una seguridad plena. El Registro es, quiérase o no, un formalismo, por la que tiene ventajas como la certeza, seguridad, pero también tiene todos los inconvenientes como fraudes, engaños, apariencia, mala fe, injusticia, deformaciones de la realidad. Por estas razones el Registro es un importante instrumento que otorga garantía relativa a los actos de transmisión.

Todo ello puede ser cierto, pero sin embargo desde una perspectiva de economía de mercado, es crucial contar con normas jurídicas claras, simples y eficientes sobre la adquisición de inmuebles, ya que ello fomenta positivamente las decisiones de inversión en los bienes y la circulación del patrimonio inmobiliario. Ciertamente, «comprar bien», entendido como el efecto legal de mantener una adquisición frente a todos los terceros, es decir, gozar en términos reales de exclusividad sobre un bien, es una garantía esencial que un ordenamiento jurídico debe estar en capacidad de ofrecer a los agentes económicos.

Un sistema legal que se precie, debe generar certeza y predictibilidad en los operadores jurídicos y, en especial, debe brindar los resguardos necesarios para que las titularidades se transmitan de modo pacífico y definitivo. «Comprar bien», pues, debe ser una tarea fácil y no compleja, dirigida a garantizar el goce perpetuo y pleno de los atributos que corresponden a todo propietario.

Una herramienta fundamental que ayuda al propósito descrito es, sin duda, el Principio de Fe Pública Registral.

IV. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE FE PÚBLICA. EL CASO DE LA DUPLICIDAD DE INSCRIPCIONES. PATOLOGÍA DEL SISTEMA

La situación se torna más difícil ante la existencia de una superposición por duplicidad de partidas registrales o también llamada «doble inmatriculación de predios», surge la interrogante de si es posible la aplicación de los principios registrales. Específicamente nos referimos a si en este contexto los terceros podrían ampararse legítimamente en el Principio de Fe Pública Registral. Esto en Cuba es perfectamente posible pues después de noviembre de 2011, nació un nuevo registro desconectado del registro anterior.

Si A tiene derecho inscrito y vende el bien a B, quien inscribe su derecho en los Registros Públicos. No obstante, con posterioridad a dicha operación, se detecta que el predio también se encuentra inscrito en otra partida a nombre de C. ¿La adquisición de B podría ampararse en el Principio de Fe Pública Registral? En el caso de duplicidad de partidas registrales, el Registro publicita dos realidades jurídicas diferentes respecto a un mismo predio. En vista de ello, ningún tercero puede protegerse en mérito de la información registral de una partida, ya que la otra —de igual valor— advierte una realidad diferente. Debemos recordar que ambas partidas están revestidas de legitimación, característica según la cual el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA¹⁸ comentan: «Puede suceder que una finca esté inmatriculada en dos folios diferentes, completamente independientes el uno del otro. (...) Ningún adquirente según uno de los folios puede oponer contra los inscritos en el otro su condición de tercero protegido por la fe pública registral. (...) El hecho de haber dos inmatriculaciones anula la operatividad de los preceptos sobre la fe pública registral en la pugna entre titulares inscritos en folios distintos. (...) Los folios contradictorios se neutralizan (...). El supuesto de doble inmatriculación (...), es decir, de inmueble inscrito a favor de titulares distintos, constanding en inscripciones contradictorias entre sí, a las que, por lo mismo, les falta la exactitud necesaria para la producción de sus efectos registrales, es una situación anómala (...). Dicho supuesto (...) representa una anomalía de tal magnitud (...) que hace quebrar los principios básicos de publicidad y legitimación sobre los que descansa el sistema inmobiliario, una que al coexistir dos asientos de igual rango y naturaleza, contradictorio sean incompatibles entre sí, la protección que se dispensase a uno de sus titulares frente al otro, implicaría para este el desconocimiento de los mismos principios rectores del mecanismo». Por su parte, GARCÍA GARCÍA¹⁹ sostiene:

«En todos estos supuestos de doble inmatriculación, se plantean problemas de difícil solución, en los que no siempre es posible atender a los principios registrales para resolverla, y según numerosa jurisprudencia, ocurre al contrario, que los principios registrales no pueden aplicarse, y en consecuencia, tampoco los que derivan de la fe pública registral. Aunque no siempre puede llegarse a conclusiones tan tajantes, es verdad que, tratándose de doble inmatriculación, no caben soluciones en base exclusivamente a la fe pública registral, y de ahí que estemos ante uno de los supuestos en que cabe hablar de excepción del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

Como se aprecia, ante casos de duplicidad de partidas registrales no puede aplicarse el principio de fe pública registral, pues precisamente el propio Registro está informando que presenta inexactitudes y, por tanto, no pueden haber terceros de buena fe. ¿Cómo afrontar el problema entonces? El derecho de propiedad se acredita comúnmente con el título de propiedad. Ahora bien, ¿qué sucede si dos personas tienen un título de propiedad sobre un mismo bien? ¿Qué derecho prevalece?

Cuando se presentan este tipo de situaciones, debe analizarse necesariamente los títulos de ambas partes para determinar quién tiene mejor derecho de propiedad. Y es que no puede haber dos propietarios sobre un mismo bien, pues por naturaleza el derecho de propiedad es de carácter exclusivo, a menos, claro está, que se convenga pacíficamente en mantener una titularidad común sobre el bien o la ley establezca tal régimen (es el caso de la copropiedad o de otras modalidades de propiedad colectiva admitidas en nuestro ordenamiento jurídico). Por esta razón, solo el título de una las partes debe prevalecer.

Debe hallarse entonces, cuál es el título que predomina y que otorga el dominio exclusivo sobre el bien. Usualmente prevalecerá el derecho de propiedad con mayor antigüedad, porque si ya existía un legítimo propietario del bien, no puede haber un nuevo propietario en oposición al anterior y cuyo derecho no derive del titular original. De lo contrario, se vulneraría la propiedad del primer titular, derecho patrimonial que, como se sabe, goza de protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la regla descrita no es absoluta. El derecho menos antiguo podría prevalecer en ciertos casos. Podría ocurrir, por ejemplo, que el derecho con mayor antigüedad se haya extinguido, caducado o perdido por alguna razón justificada. También podría ocurrir que el derecho más antiguo tenga como origen un acto jurídico inválido o ineficaz; siendo, por otro lado, perfectamente válido y eficaz el derecho del segundo titular. El análisis descrito es el que debe seguirse ante un caso de duplicidad de partidas. No se puede preferir una partida registral en vez de otra, ya que (por una anomalía de Registros Públicos) ambas tienen información contradictoria que debe presumirse veraz. Es por eso que ambas se neutralizan para efectos del Principio de Fe Pública Registral, por lo que ningún tercero puede ampararse bajo la protección de este principio.

V. LA PROTECCIÓN DEL TERCERO EN CUBA: VIGENCIA DE LA LHU DE 1893. EL VALOR DE LA INSCRIPCIÓN

En la Cuba de hoy la disquisición más importante es determinar si la Ley Hipotecaria determinó un sistema de adquisición distinto al derecho civil codificado o, si el Código modificó el 34 hipotecario y por tanto no se protege al tercero (sistema de apariencia) o si las resoluciones posteriores al Código y a la Ley Hipotecaria pueden modificar el sistema de adquisición adoptado por las disposiciones sustantivas del Código civil (sistema de verdad oficial).

Desde hace algunos años se ha venido debatiendo sobre la aplicación o no, del polémico artículo 34 de la LHU. Situación, que a nuestro juicio, debe analizarse desde dos cuestiones: la vigencia del texto del 1893, o al menos, de sus artículos 33, 34 y 35 (contentivos de la fe pública registral) y la otra, precisamente, es determinar qué sistema registral adoptamos.

Determinar el alcance y contenido del artículo 34 de la LHU, a casi 127 años de su promulgación, más que un reto, resulta un verdadero quebradero de cabeza para los operadores jurídicos en Cuba, que desde hace algunos venimos debatiendo sobre la aplicación o no, del polémico precepto. Por ello, es preciso apoyarnos en la historia de la propia institución registral en nuestro país, para intentar desatar el nudo gordiano en torno al tema que nos ocupa.

El Registro de la Propiedad comenzó a funcionar en nuestro país el 1 mayo de 1880, en virtud de la LHE de 8 de febrero de 1861, luego sustituida en 1893, por la «Ley Hipotecaria de Ultramar»²⁰. Cuerpo normativo que continuó en vigor sin grandes transformaciones durante todo el gobierno interventor norteamericano. Razón por la que no le alcanzaron las reformas españolas de 1909 y 1944, que modificaron entre otras cuestiones, la redacción del artículo 34.

En primer orden, ha de expresarse que el artículo 34 en el texto de 1893²¹, es prueba de que en Cuba, se brindaba mayor protección al tercer adquirente que en su Metrópoli. Recuérdese que en España, la LH 1861, no llegó a entrar en vigor nunca, debido, sobre todo, a la oposición de nobles y grandes propietarios²². Por ende, podemos sostener que el texto de 1893 «formalmente vigente», instaura un sistema de fe pública en Cuba primero que en España, pues hasta la Reforma de 1944/1946 no puede hablarse de sistema de fe pública en el país ibérico.

No obstante, nuestro sistema registral se distinguía de su homólogo español en cuestiones que se atenderán de inmediato. ROBLES ESPINOSA²³, por ejemplo, ya desde 1943, nos advertía de la enrevesada arquitectura de nuestro sistema en cuanto al valor de las inscripciones, aludiendo a que si bien nuestro Registro había sido importado del Registro español, gozaba de una mixtura gradual inscripticia, que iba desde la adjetividad hasta la substantividad absoluta, pasando en algunas circunstancias por situaciones de mera transcripción.

DORTA DUQUE²⁴, 10 años después, definió nuestro sistema registral como de «substantividad relativa»: «En Cuba el dominio y los derechos reales inmobiliarios pueden transmitirse y constituirse sin necesidad de la inscripción, producir fuera de la misma sus efectos entre las partes y con respecto de tercero que los conociere, sin que la inscripción altere ni influya en la situación jurídica respecto de dichas personas, ni convalide lo que es nulo; pero una vez inscritos el dominio y los derechos reales, la inscripción asegura plenamente su contenido al tercero de buena fe que los adquiere, aun cuando dicho contenido no corresponda con la realidad; entonces por sí la inscripción confiere derechos».

Llegado el 1959, se produjo el triunfo revolucionario e inmediatamente hubo un cambio en las relaciones de propiedad, dando al traste con la renovación de diversas instituciones jurídicas. Bastaron las dos Leyes de Reforma Agraria (1959-1963)²⁵ y la de la Reforma Urbana (en 1960)²⁶, para extinguir el sistema de crédito territorial hasta ese entonces existente.

A ello siguió la Ley núm. 1180 de 1965²⁷, que varió significativamente la estructura, finalidad y contenido del Registro, descomponiendo la publicidad registral inmobiliaria en disímiles cauces administrativos que provocaron el cierre de las oficinas registrales para todas las personas naturales y jurídicas distintas al Estado.

Así, al promulgarse el Código civil de 1987²⁸, la publicidad inmobiliaria quedó encomendada a normas especiales que nunca llegaron a desarrollarse de manera eficaz. Eso de una parte y de otra, este cuerpo sustantivo en materia de contratos profesa afrancesada tendencia hacia el consensualismo (vis art. 51, 310 y 313 CC), que resta eficacia ofensiva y defensiva a la escritura notarial y a la inscripción.

No es hasta 1998, producto de la necesidad de captar inversión extranjera, que comienza a pensarse en un rediseño de la publicidad registral y que se dicta el Decreto-ley núm. 85 del Consejo de Estado²⁹, que traspasó el control administrativo del Registro de la Propiedad, del Instituto Nacional de la Vivienda (INV) al Ministerio de Justicia (MINJUS), para que este último comenzara a regular lo concerniente a la actividad registral.

Se promulgaron en consecuencia numerosas resoluciones administrativas que intentaron organizar la publicidad en materia de inmuebles. Solo haremos mención a las que se encuentran vigentes. La resolución núm. 114/07 que dispone la inscripción de los inmuebles de propiedad personal y otras personas jurídicas no estatales³⁰, la resolución núm. 226/12 que fija las normas y procedimientos establecidos a fin de garantizar la inscripción, actualización y control del Patrimonio Inmobiliario Estatal en el Registro de la Propiedad³¹ y la resolución núm. 181/2016³², que establece la Metodología para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles por personas jurídicas no estatales constituidas sin fines lucrativos. Contamos además, con el Decreto-ley núm. 335/2015, Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba, de 14 de diciembre

de 2015³³, que establece principios y efectos comunes a todo tipo de Registros Públicos, pero que deja pendiente por redactar el reglamento del Registro de la Propiedad. A lo que debe agregarse que las fincas rústicas tienen un tratamiento independiente en el denominado «Registro de Tenencia de la Tierra»³⁴, cuyo sentido y alcance también difieren del Registro de la Propiedad.

Si bien es cierto que ninguna de las normas anteriores expresamente deroga la LHU, tampoco establecen su supletoriedad. No obstante, si ordenan la actividad registral con otra finalidad. Pero lo más preocupante, es que ninguna dota de efectos a las inscripciones. Por ello, ante la ausencia e indefinición de determinadas instituciones jurídicas, se ha remitido a los postulados de la LHU.

Como por ejemplo el Decreto-ley núm. 214, de 24 de noviembre del 2000³⁵, que autorizó en Cuba la constitución de hipotecas sobre bienes inmuebles por empresas y otras entidades económicas con personalidad jurídica propia dedicadas al desarrollo inmobiliario, a los fines de asegurar el cumplimiento de las obligaciones que contraigan para la obtención de financiamiento. Y el Decreto-ley núm. 289/11 de 21 de noviembre de 2011³⁶, que permitió la constitución de hipotecas voluntarias para garantizar ciertas obligaciones contraídas con el Banco. En ambos supuestos las hipotecas no llegaron nunca a constituirse por los propios impedimentos que existen en otras normas especiales que por razones de tiempo obviamos analizar.

Parecieran cobrar vida las palabras del profesor CAÑIZARES³⁷, cuando en un dictamen sobre la vigencia de LHU el año 2009, expresó: «Quien crea que la Ley Hipotecaria de 1893 está vigente en Cuba porque no ha sido derogada expresamente, trate de aplicarla o adaptarla a nuestra sociedad y le pasará lo mismo que a la costurera que trate de adaptar el vestuario de una dama del siglo XVIII a una dama del siglo de hoy».

Sin resolverse lo anterior entró en vigor el Decreto-ley núm. 288 de 11 de noviembre de 2011³⁸, con el que se eliminaron un conjunto de autorizaciones administrativas que limitaban determinados actos de disposición sobre las viviendas de propiedad personal. Ante la nueva medida, se impuso reforzar la seguridad del tráfico inmobiliario, razón para que la propia norma requiriese escritura pública notarial e inscripción previa del dominio del vendedor como formalidades indefectibles en los negocios de permuta, donación y compraventa de inmuebles.

Así, la inscripción pasó de ser voluntaria a ser obligatoria para poder transmitir la vivienda. Sin embargo hay más de una paradoja en este mandato imperativo:

1. Es obligatoria pero el incumplimiento no acarrea ningún perjuicio. De hecho, ni tan siquiera es entendida como necesaria para que los contratos en materia de derechos reales surtan eficacia. En incontables circunstancias se han

reconocido compraventas sin escriturar y sin inscribir, solo por poner un ejemplo, en la sentencia núm. 804 de 31 octubre de 2017, donde el Tribunal Supremo expresamente entiende innecesario inscribir como formalidad a cumplir para reconocer una compraventa.

2. Es obligatoria pero tampoco implica más beneficio que el de presumirse la exactitud de los asientos hasta que se declare en un proceso lo contrario (Cfr. al art. 4 y 5 de la Ley de Registros Públicos). Hay que decir que los intentos de proteger al tercero registral no han logrado prosperar cuando se ha alegado el artículo 34. Siendo la tendencia de nuestro Tribunal Supremo la de anular la cadena de transmisiones si aprecia una causal de ineficacia. Aunque debemos apuntar que no es una práctica uniforme³⁹.

3. Es obligatoria, pero situaciones no inscribibles prevalecen sobre los asientos registrales. Desconcertante es que situaciones de clandestinidad, logren oponerse a terceros, cuartos y quintos. Nos referimos concretamente a la posibilidad de anular una compraventa por desprotección de un conviviente según el artículo 70.3 de la LGV. El derecho de convivencia es un singular derecho de confusa naturaleza jurídica, que goza de mayor oponibilidad que cualquiera de los derechos reales reconocidos en nuestro código, pues constituye una causal de ineficacia cualificada de la compraventa. Siendo la clave para que el comprador conserve su derecho de propiedad, el demostrar que la compraventa no produjo un «desamparo habitacional». Situación que se torna compleja, más cuando hay circunstancias en que dicho desamparo puede producirse tanto para el conviviente (tercero especial) como para el comprador (tercero hipotecario). Tal como ocurrió en la sentencia núm. 472 de 31 de agosto de 2017⁴⁰.

VI. AVANCES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA PROTECCIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE EN CUBA: ESPECIAL ÉNFASIS EN LOS COMPRADORES DE VIVIENDAS DE RESIDENCIA PERMANENTE

Sobre los contratos civiles no ha sido muy productiva la labor judicial. Otros escenarios como el familiar, el sucesorio y el del régimen jurídico de la vivienda de residencia permanente, ofrecen muchas más pautas a seguir. La exigua trascendencia de la contratación privada en Cuba a los predios forales, ha sido el primer factor condicionante de esta carencia. Luego las limitaciones imperantes durante décadas a los tipos y objetos contractuales de mayor incentivo para el individuo, pusieron lo suyo. En cambio en los últimos siete años, como parte de los cambios legislativos operados en el país, la flexibilización de las transacciones sobre bienes fundamentales como vivienda y vehículo, han impregnado una notable movilidad al tráfico contractual. Sin embargo, aún son lineales las tendencias por la rigidez de las formalidades y sobre todo por la contracción que al acervo inmobiliario reporta la falta de programas cons-

tructivos de viviendas que compensen el déficit habitacional. Es así que salvo algunos casos que no escapan a ser considerados excepciones, el movimiento se orienta a la satisfacción de necesidades de habitación. Por su parte la proscripción de la elección de la forma de pago, la inviabilidad de la hipoteca y de la compraventa con reserva de dominio entre otras variantes, de conjunto con la escasísima utilización de alternativas que garanticen la superioridad de la protección en situaciones que lo ameritan, como la incorporación de cargas modales y de las reservas de usufructo, determinan la existencia de una realidad contractual carente de matices pero no a salvo de anomalías.

Por razones que ya no toman asiento en limitaciones normativas, persisten en la realidad cubana compraventas de viviendas sin el cumplimiento de las formalidades notariales; transmisiones sucesivas por el mismo titular; ventas de porciones inmobiliarias; simulaciones de negocios; falta de diligencia en el actuar de los contratantes, expresada fundamentalmente en el soslayo del análisis de la documentación y en la subestimación de la información registral y peor aún, las ventas posteriores a la comisión de ilicitudes significativas en torno a la titularidad inscribible.

Con el dictado de la resolución 114 de 2007 que restablece el Registro de la Propiedad inmobiliaria, se adopta un modelo de inscripción, garante de la seguridad jurídica preventiva y se concibe la obligatoriedad de los efectos de la inscripción, aspecto que se consolida con la entrada en vigor del Decreto ley 288 de 2011. Sin embargo la extendida etapa de inexistencia de publicidad registral inmobiliaria en Cuba, aproximadamente de 1965 a 1998, incide en la desmovilización de la confianza en su funcionamiento y en la reciente oficialización del tracto de titulares. Es así que se radican litigios judiciales en los que se ventilan pretensiones asociadas a la protección de compradores como adquirentes de buena fe, en los que se reiteran los siguientes condicionamientos:

En el orden subjetivo

Los sujetos que centran este estudio, llegan al ámbito de los conflictos judiciales procedentes de entornos contractuales desfavorables, bien antecedidos por violaciones relevantes en la adquisición o en la extensión del dominio transmitido o signados por las violaciones de otros derechos a herederos, legitimarios, cónyuges de uniones de hecho, copropietarios, todos sujetos en situaciones de tutela prioritaria. Tal estado de cosas complejiza la solución del conflicto por la mixtura de elementos a tener en cuenta por el juzgador.

Desde la óptica que ofrecen estos breves análisis, una cuestión básica requiere ser perfilada. El comprador es, como sabemos, parte contractual, pero al tiempo puede devenir adquirente de tercer grado en adelante del bien cuya titularidad recibe por contrato de compraventa, si fuere impugnada por quien

se alude propietario anterior, sujeto con expectativa inmediata a serlo, a saber causahabientes de los primeros o por el propio Estado como garante de la seguridad y el orden público en los supuestos de graves quebrantamientos. Así, en los casos en los que la adquisición por compra es impugnada por un titular precedente, a los compradores se les considera terceros no solo porque su condición de propietarios es posterior, sino porque en nada intervienen en la de su contrario, que constituye el hecho que funda la pretensión impugnatoria que se establece en su contra.

Aspecto objetivo

Aunque en todos los conflictos judiciales el juzgador se enfrenta a una correlación de intereses generalmente tutelables, en estos, la determinación de la prevalencia del bien jurídico protegible se torna especialmente compleja. Suelen enfrentarse sujetos cuyas titularidades derivan de adquisiciones en las que no les resultan imputables las violaciones que se producen y en los que confluyen los principios raigales del derecho civil de la protección al sujeto que actúa de buena fe, de la vastedad del derecho real del dominio expresada en sus efectos erga omnes, de legitimación y seguridad pública registrales como expresiones ramales del principio general de seguridad jurídica.

Ámbito normativo

Tanto el aspecto sustancial de la contratación como su dimensión registral están regulados por cuerpos normativos relativamente vigentes, que tienen como antecedentes el Código civil y la Ley Hipotecaria de Ultramar, a nuestro juicio en ambos casos con vocación de supletoriedad. Sin embargo la tendencia a la segmentación con que estos temas son asumidos por la técnica legislativa nacional, en algunos casos excluye el régimen contractual común y en otros condiciona la incertidumbre sobre su aplicabilidad, por ejemplo: de los artículos 33 y 34 de la LHU.

Aunque veremos muy de cerca las líneas de solución que ha seguido la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular en estos casos mediante el análisis de sus pronunciamientos más relevantes, emergen algunas tendencias generales que pueden enumerarse como sigue:

- Prima el análisis casuístico de modo que más que líneas generales de solución se aprecian salidas a partir de las circunstancias concurrentes en cada caso, fundamentalmente orientadas al comportamiento de los sujetos y no a la tipología y a la envergadura del conflicto. En casos

fenotípicamente muy similares se han dictado resoluciones conclusivas que difieren.

- No se aplican sistemáticamente como elementos decisores, los principios de seguridad jurídica preventiva, seguridad pública registral, legitimación registral, informantes de las situaciones jurídicas que constituyen la base conflictual. Sin embargo, se alude como fundamento del actuar diligente del comprador cual adquirente ulterior, el cumplimiento de la formalidad registral y la posterior inscripción de su titularidad.
- No pueden hacerse análisis concluyentes en cuanto a la posición de la alta magistratura sobre la aplicabilidad de los preceptos atinentes de la LHU. En ningún caso se invocan sus postulados para sostener los fallos casacionales.
- Las alternativas de protección tienen como fundamento esencial la prevalencia del derecho adquirido por el comprador únicamente a partir del actuar cuestionable del titular impugnante, bien por inacción sostenida que califica el juzgador como ejercicios abusivos del derecho; bien por conductas reprochables que tienen que ver con la moral y con la participación directa en el propio acto objeto de impugnación.
- Puede sostenerse que las líneas de solución que protegen la adquisición del comprador como tercer adquirente de buena fe, surgen de los dictados casacionales correctores de pronunciamientos provinciales anquilosados en el análisis lineal de la protección del dominio imperante con anterioridad a la transformación del tráfico patrimonial privado que se instala en Cuba con la flexibilización de la contratación traslativa del dominio de la vivienda de residencia permanente entre particulares.
- Por último el análisis que otras veces he propuesto sobre la distinción entre criterio judicial y criterio jurisprudencial se torna en esta oportunidad especialmente relevante.

Entendida la jurisprudencia como la acumulación de pronunciamientos contentivos de categorías, posiciones, criterios interpretativos y de aplicación en los que se sustentan las decisiones judiciales, erigida en fuente, al menos material⁴¹, del Derecho porque de ella bebe el legislador durante el proceso de formación normativa, pudiera complejizarse su delimitación frente a la emisión de fallos que no se sostienen en el tiempo.

En ocasiones los dictados de los jueces, aun siendo sucesivos y numerosos, no llegan a constituir una línea de solución judicial, porque carecen de la contundencia y de la adecuada reiteración que ello requiere.

La jurisprudencia en Cuba constituye una innegable fuente para la evaluación del estado de las instituciones del Derecho en el país en general y para la impartición de justicia en particular. Esta realidad está patentada en los textos de las Disposiciones del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo, emitidas

en virtud de mandamiento constitucional contenido en el artículo 121⁴² de la Constitución, en indisoluble relación con las realidades y reiteraciones de los fallos de los jueces, en la mayoría de los casos. Por lo demás, de su estudio emergen proyectos legislativos en el orden procesal, familiar y estrictamente civil en el país⁴³. Sin embargo, el problema más significativo, lejos de estar asociado a la función de la jurisprudencia⁴⁴, se contrae a la distinción entre el verdadero sentido jurisprudencial y la delimitación de criterios judiciales que emergen de su emisión incidental.

Ha dicho ALBALADEJO⁴⁵, que cualquiera que sea la incidencia del giro jurisprudencial, sea mediante fallos reiterados y perdurables o mediante únicos dictados, el mero hecho de la existencia de pronunciamientos diversos determina el giro jurisprudencial.

Nuestros tribunales en los afanes de alcanzar la efectiva perdurabilidad de la norma vigente, mediante la llamada interpretación evolutiva o sociológica del Derecho, emiten con frecuencia dictados renovadores en la misma medida que se producen dictados que no tienen un fundamento de contexto si no de corrección⁴⁶. Así se corrigen equívocos interpretativos o de aplicación o imprecisiones en las fundamentaciones judiciales, mediante resoluciones que no parten de nuevas realidades que presionan el sentido de justicia, si no de análisis estrictamente técnico-jurídicos. En cualquier caso puede tener lugar la emisión de criterios con valor jurisprudencial. No trasciende el número de dictados en la calificación del criterio jurisprudencial, si no su contundencia, requerida de la exclusión de otros posicionamientos mediante una secuencia razonada de argumentos que conduzcan a la solución del caso de forma clara, coherente y sobre todo sin la interferencia de emisiones ulteriores contrastantes.

Ahora bien, no se constituye tal estado de cosas, si con posterioridad a uno o varios dictados coincidentes, se producen otros regresivos, vacilantes o diferentes. Habrá entonces dictados aislados, dicotómicos, variación temporal o como deba llamársele, pero no criterios jurisprudenciales, por la consolidación que ha de tener la «doctrina» sentada por el juez, en el sentido de su perdurabilidad, más allá de su repetición, cuestiones claramente diferentes.

Sentados los análisis, veamos cuáles han sido las dos grandes líneas tendenciales que engloban los derroteros judiciales.

1. SUPUESTOS EN LOS QUE NO SE HA DESPLEGADO LA PROTECCIÓN

Violaciones significativas determinantes de la integración de causales de nulidad absoluta:

Sentencia núm. 680 de 31 de agosto de 2018: ...confluye una causa de nulidad de pleno derecho en el acto adquisitivo oneroso que, como en el caso

acontece, por no ser válido, afecta también al adquirente, como parte que fue en el acto de cuya ineficacia se determinó...

Incumplimiento del requisito de buena fe a cargo del comprador:

Sentencia núm. 257 de 26 de diciembre de 2017: ...resulta acreditado igualmente en las actuaciones, el conocimiento que poseía el señor Zamora Rosabal sobre el diferendo que vinculaba a la hoy accionante y la demandada señora Escalona Cruz en torno a la vivienda discutida, de tal suerte que los perjuicios que en el ámbito económico hoy muestra el primero, son consecuencias de su propio actuar, por lo que no resulta procedente siquiera abrigarlo bajo el manto protector que irradia el artículo seis del Código civil cubano... (Sala II Civil y Adm. TPP La Habana).

Violación de derechos de convivientes protegidos:

La tendencia general en este tópico la ilustra la reciente sentencia núm. 696 de 17 de septiembre de 2018: ...la decisión adoptada a favor de contrarrestar los efectos de la escritura pública notarial objeto de impugnación, se consolida en beneficio de los otrora demandantes, hijo y progenitora de la otorgante propietaria, en tanto, deliberadamente enajenó a título oneroso la vivienda de residencia permanente que con carácter de convivientes ocupaban, sin que pueda prevalecer sobre la especial protección habitacional que les asiste, la virtualidad de un contrato formalizado...

Sin embargo ha oscilado la línea de solución judicial en movimiento pendular, desde la variante de extremar la tutela bajo el criterio de que ...a pesar de no haber cesado la ocupación del inmueble por el conviviente, se integra el desamparo habitacional ante el cambio de titular, por no existir vínculo de parentesco con el impugnante...; *vid.* sentencia núm. 682 de 6 de marzo de 2018; hasta la de exceptuarla cuando ...a pesar de tratarse de un conviviente protegido por la norma, no se despliega la tutela si este tuvo una participación directa en el contrato objeto de impugnación.

2. SUPUESTOS EN LOS QUE SE HA DESPLEGADO LA PROTECCIÓN

Inacción sostenida del impugnante constitutivo de un ejercicio abusivo del derecho:

Sentencia núm. 277 de 20 de abril de 2018: ...habiéndose dispuesto en el año dos mil siete por tribunal competente la modificación del título sucesorio y su inclusión en la delación sucesoria de la causante, no es hasta el dos mil diecisiete que presenta demanda para hacer valer su derecho a la cotitularidad del inmueble objeto del pleito, inactividad mantenida por diez años, lo que

constituye evidente abuso de derecho previsto en el artículo cuatro del Código civil..., lo que no es factible en ley, máxime cuando alcanza los derechos de la no recurrente, propietaria actual de la vivienda, en virtud de...inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente.

Buena fe del comprador vinculada a la fe pública registral:

Sentencia núm. 114 de 28 de febrero de 2017: ...si bien ...la omisión de un heredero es causal de nulidad del acto de adjudicación, ...tal planteamiento no puede causar daño a terceros que hayan actuado de buena fe, y en el caso aun cuando la ahora no recurrente fue omitida en el acto de adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende, la escritura que lo contiene fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad inmobiliario y cumplido ese trámite, que obviamente imprime de certeza y seguridad jurídica a actos jurídicos posteriores, fue vendida la vivienda objeto de la adjudicación a los ahora recurrentes, que asisten al proceso en su carácter de terceros que han actuado de buena fe, que serían perjudicados con la decisión de nulidad acordada por la Sala juzgadora, que desencadenaría, indefectiblemente la ineficacia de los actos posteriores, pues es principio inserto en el artículo cuatro del Código civil, que este ejercicio no puede ser antifuncional o perjudicial a los derechos de terceros.

Cumplimiento de los presupuestos para la protección del tercero registral:

Como una luz de nitidez apreciable, surgen los recientes dictados provinciales para corregir insuficiencias precedentes y colocar a buen recaudo la reconducción de la línea de solución.

Sentencia núm. 118 de 31 de julio de 2018, Primer Considerando: ...el respeto de los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad sobre la base de la preservación de la seguridad jurídica, pretendiendo con esto enervar el sentido de la relación jurídica material que subyace en el proceso a través de la construcción de una contra norma que da al traste con la desestimación de la pretensión concreta. Que en tal dirección, después de valorar los que resolvemos las circunstancias fácticas en que acontece la litis, de conjunto con los argumentos jurídicos esgrimidos por los contendientes y valorando el arsenal probatorio aportado a las actuaciones de conformidad con los principios de la razón y de la ciencia y las reglas de la lógica y de la sana crítica, estimamos que tal postura de oposición debe en todo sentido prosperar, pues ha quedado palmariamente demostrada la condición de tercero adquirente de buena fe del que excepciona, esto en atención a los requisitos dibujados *ex lege* al tenor del artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria de Ultramar de mil ochocientos noventa y tres, vigente parcialmente entre nosotros, siendo estos el haber adquirido del titular registral, adquirir de buena fe, adquirir a título oneroso e

inscribir registralmente la adquisición, tomando como presupuesto, claro está, que el negocio jurídico adquisitivo del tercero sea, en sí mismo, totalmente válido *ex* artículo treinta y tres de la aludida disposición normativa, todo en relación con el artículo ciento once, inciso a), del Código civil con regencia en la República, el que establece claramente el reconocimiento del derecho como una de las manifestaciones protectoras de la relación jurídica civil, ponderando igualmente el principio general de la seguridad jurídica en sumatoria con las exigencias de estabilidad, efectividad y legitimidad que han de caracterizar permanentemente al tráfico inmobiliario. Ratificada por sentencia número 64 de 15 de febrero de 2019, dictada en el Expediente de casación civil número 952 de 2018 de la radicación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Popular, cuyos fundamentos no reproducimos por no aportar elementos de mérito sobre el tema en estudio, dadas las limitaciones que impuso la técnica casacional en este caso.

Sentencia núm. 137 de 31 de agosto de 2018, Primer Considerando: ...se configuran en el caso que nos ocupa, los presupuestos requeridos para la protección del tercero hipotecario o tercero registral, como también es conocido en la doctrina. En este sentido, resulta importante apuntar de forma previa por los actuantes, que de acuerdo a los requerimientos establecidos en la doctrina, y parte de ellos reconocidos en el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria de Ultramar de mil ochocientos noventa y tres, vigente de forma parcial en nuestro ordenamiento jurídico, para que sean protegidos esta clase de sujetos, resulta ineludible que concurren cuatro requisitos, entre ellos, que se trate de una adquisición a título oneroso, recibido de un titular registral, adquirir de buena fe, y que su adquisición sea registrada; elementos estos que confluyen en el caso de quien excepciona, y que obviamente obligan a esta Sala a ofrecer una tutela eficaz, integral y justa a su favor, sobre la base del principio de la Fe pública registral, que resguarda del fatal arrastre a los terceros adquirentes de buena fe, al quedar enervado el efecto en cadena de nulidades sobre actos jurídicos de compraventa que hoy pretende el señor. Hasta la fecha este dictado se encuentra pendiente de resultado casacional.

VII. CONCLUSIONES

I. Retomando el análisis introductorio sobre la contundencia jurisprudencial, en el contexto de la protección de los compradores de viviendas como terceros adquirentes de buena fe en Cuba, no puede aún calificarse la uniformidad de la línea de solución. El casuismo característico de la resolución de estos conflictos y el análisis orientado hacia las condicionantes subjetivas y no objetivas de la controversia, impiden la nitidez de los derroteros asumidos y sobre todo descartan la contundencia y perdurabilidad de los dictados.

II. La incipiente incidencia, que no irrelevante, pero sí inaugural de las peticiones de parte en este sentido, tornan el escenario propicio para el detenimiento y la reorientación de los criterios de juzgamiento. No obstante las últimas sentencias analizadas, dejan sobre la mesa suculentos argumentos que provocarán la valoración casacional, sin duda con augurios de éxito y superioridad.

III. Podemos sostener sin vacilar, que el régimen jurídico que en la actualidad emerge para el comprador de vivienda en Cuba como adquirente privilegiado, tiene una manufactura predominantemente judicial.

IV. El tema se encuentra en un momento de efervescencia insuperable, no solo por la incidencia que va logrando en la radicación judicial, si no por su envergadura y por los pendientes que tiene el juzgador con las definiciones de las líneas de solución a seguir. En estos afanes proponemos lo siguiente:

a) Tomar como punto de partida la supremacía de la seguridad jurídica en la elección del elemento decisorio de estos casos. En la evaluación de la relevancia del interés jurídico protegible que tanto atormenta al juzgador, priorizar la salvaguarda de la situación jurídica que mayores efectos negativos produce para la seguridad del tráfico jurídico, pudiera ser la premisa inicial. Plantearlo no requiere más de seis renglones, pero determinarlo ante un caso concreto, mucho más que tinta, exige cabalidad en las alegaciones, suficiencia y eficiencia probatorias y pericia del juez. Requiere además la conciencia de que se trata de situaciones muy de contexto, generadoras del pensamiento evolutivo, integral y sociológico del juzgador que por lo tanto no puede anquilosarse por ningún motivo.

b) Objetivizar los análisis. Resulta altamente peligroso para la consolidación de un criterio jurisprudencial, el predominio de los fundamentos casuísticos y la relevancia de los condicionantes del comportamiento del individuo, sobre todo cuando están a la mano principios del Derecho que ofrecen máximas aplicables para homogeneizar soluciones.

c) Es importante que el impacto global del resultado del proceso sea el de incidir en los niveles de conciencia social para transformar las tendencias anómalas en las transacciones jurídicas que generan estas desfavorables vulneraciones. Ello únicamente puede lograrse mediante dictados orientadores de la observancia normativa y de la institucionalización del país.

V. Dijo José Martí en su artículo «Los códigos nuevos» publicado a propósito de la promulgación del Código civil guatemalteco en 1877 al comentar las bondades del código dice que este código «quiere la seguridad y establece la Ley Hipotecaria»⁴⁷. Tan sabias y lejanas palabras refuerzan la idea que el Registro debe entenderse como un instituto de paz jurídica, de estabilidad social, de tranquilidad ciudadana en el ámbito patrimonial. No puede haber una seguridad dinámica sin que se garantice la seguridad estática.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES DOCTRINALES

- AGUIRRE ALONSO, R.M. (2016). La jurisprudencia como fuente del Derecho, en *Revista Justicia y Derecho*, Tribunal Supremo Popular, núm. 26, año 14, junio, 119-132.
- ALTERINI, J.H. (2016). La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. La doctrina del acto aparente en el nuevo Código civil y Comercial y en el derecho actual, en *Revista Anticipo de Anales* núm. 54, Año LXI, segunda época, noviembre.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (2006). *Derecho inmobiliario registral*, Granada: Comares.
- AMELI, F. (1997). *Droit Civil. Les Obligations*, Montchrestien, París, Francia.
- ÁVILA, H. (2012). *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid.
- BONFANTE (1926). *Notas a Windscheid, Diritto delle Pandette*, Volumen V, Turín.
- CALVAY ODAR, MAYOBANEX W., La Publicidad Registral y los efectos del Principio de Fe Pública Registral ¿La publicidad registral se centra solo en el asiento registral o se extiende al título archivado? En *Revista IUS*, número 4, año II.
- CHICO Y ORTIZ, J.M.^a (2000). *Estudios sobre Derecho hipotecario*, T. I, Madrid, Marcial Pons.
- CONTRERAS LÓPEZ, R.S., La teoría integral de la apariencia jurídica y la figura de la apariencia de buen derecho en la nueva ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los Estados Unidos mexicanos, disponible en <https://goo.gl/NKEj58>, 63, consultado el 16 de mayo de 2018.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* III, Las relaciones jurídicas reales, El Registro de la Propiedad, 5.^a edición, Madrid, Thomson Civitas.
- DORTA DUQUE, M. (1953). *Curso de Legislación Hipotecaria*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, serie A. T. IV, Tomo segundo, cuarta edición, Imprenta de la Universidad de La Habana.
- EHRENBERG, V. (2003). *Seguridad jurídica y seguridad del tráfico*, Colegio de Registradores, traducción de Antonio PAU PEDRÓN.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2010). *El Registro de la Propiedad como mecanismo de protección a los consumidores*, en Cátedra Bienvenido OLIVER LABRA de Derecho Registral, Universidad de Córdoba, Anales, Tomo I, Colegio de Registradores, España.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1988). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomos I y II, Editorial Civitas, España.
- GIANTURCO, E. (1890). *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul Diritto Ipotecario* I, Nápoles, Italia.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (1994). El principio de especialidad registral, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 625, 2389 y sigs.
- GONZÁLEZ BARRÓN, G.H. (2013). Cfr., La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución, en Gaceta Constitucional número 65, edición especial, (2011) El Nuevo Derecho Registral, Doctrina, Tomo I, RAE Jurisprudencia, Caballero Bustamante S.A.C., Lima.
- GORDILLO CAÑAS, A. (2006). El principio de fe pública registral (I) Estudios Monográficos, *Anuario de Derecho Civil*, España.

- FALZEA, A. (1997). *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Tomo II, Dogmatica giuridica, Giuffrè, Milán, Italia.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., y SANCHO REBULLIDA, F. (1991). *Derecho Inmobiliario Registral*. 2.^a edición. Barcelona: Bosch.
- LARROUMET, C. (2007). *Droit Civil*. Les Obligations. Le contrat, 6.^a edición, primera parte, Economica, París, Francia.
- LÓPEZ MEDEL, J. (2016). *Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, España.
- MARTÍ PÉREZ, J. (2007). Los Códigos Nuevos, en *Nuestra América*, Tercera Edición, Editorial Fundación Biblioteca Ayacucho, Venezuela.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P. (2018). La buena fe del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Una Revisión Crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, Publicat a la *Revista Jurídica de Catalunya* núm. 1.
- (2017). *Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Civitas, Thomson Reuter.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Á.M. y AA. VV. (2014). *Derecho civil patrimonial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, España.
- PAU PEDRÓN, A. (1988). *La publicidad registral*, Marcial Pons, Madrid.
- (1996). *Manual de Derecho registral inmobiliario*. Madrid: Fundación para la Formación de Altos Profesionales.
- PÉREZ GALLARDO, L.B. (2015). Pensión por jubilación o viudedad y el derecho a la legítima asistencial: Los nuevos derroteros en la interpretación del Tribunal Supremo (A propósito de las sentencias núm. 237 del 30 de abril de 2014, núm. 22 de 30 de enero de 2015 y núm. 190 de 31 de marzo de 2015), *Estudios sobre la Legítima Asistencial*, Colegio de Notarios de Lima, Perú,
- PUGLIATTI, S. (1998), *La trascrizione*, Volumen I, Milán.
- RIVERA, J.C. (1957). *Instituciones de Derecho civil*, parte general, Tomo I, 2.^a edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina.
- ROBLES ESPINOSA, M. (1943). Algunas ideas sobre la noción del Tercero Hipotecario, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XVII (3 nueva serie), enero-marzo, núm. I (65).
- ROCA SASTRE, R. (1995). *Derecho Hipotecario*, Tomo I, Barcelona, Bosch S.A.
- VON IHERING, R. (1883). *Geist des Römischen Rechts*, Tomo II, Leipzig, Alemania.
- RODRÍGUEZ MONTERO, G.E. (2009). El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba, ed. electrónica, en www.eumed.net, consultado el 4 de agosto de 2011.
- VON STAUDINGERSERTL, K., *BGB. Buch 3, Sachenrecht. 12. Auf 1989* y del propio autor *Vorbermzu §§ 873-902 Zr 28: Negative Publizität: Nur das Vertrauen in das Schweigen des Grundbuchs wird geschützt. Beim Erwerb erschennicht eingetragene Rechte (zB Frankreich, Italien, Spanien)*;

FUENTES LEGALES

Ley núm. 59 de 16 de julio de 1987, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 9 de 15 de octubre de 1987.

- Primera Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, en Gaceta Oficial Extraordinaria Especial núm. 7, del 3 de Junio.
- Segunda Ley de Reforma Agraria de 3 de octubre de 1963, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 1.
- Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 23.
- Decreto-ley núm. 214, Constitución de Hipotecas sobre Bienes Inmuebles, en Decreto-ley Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 9 de 24 de noviembre de 2000.
- Decreto-ley núm. 289/11 de 21 de noviembre de 2011, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40 de 21 de noviembre de 2011.
- Decreto-ley núm. 288, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 035, de 2 de noviembre de 2011.
- Decreto-ley núm. 185 del Consejo de Estado, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 2 de 6 de julio de 1998.
- Decreto-ley núm. 335/2015, Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.
- Resolución núm. 597/87 del Ministro de la Agricultura, «Registro de la Tenencia de la Tierra» de 27 de octubre de 1987.
- Resolución núm. 288/90 del Ministro de la Agricultura, «Reglamento para el funcionamiento del Registro de la Tenencia de la Tierra», de 15 de mayo de 1990.
- Resolución Conjunta MINAG-MINAZ-INV-IPF del 1ro de abril del 2002.
- Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 39 de 6 de agosto de 2007.
- Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, en Gaceta Oficial Ordinaria núm. 43 de 9 de octubre de 2012.
- Resolución núm. 181/2016 de 7 de noviembre de 2016 de la Ministra de Justicia, Metodología para la inscripción en el registro de la propiedad de los inmuebles por personas jurídicas no estatales constituidas sin fines lucrativos, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 31 de 7 de noviembre de 2016.

NOTAS

¹ MARTÍ PÉREZ, José, *Los Códigos Nuevos, en Nuestra América*, Tercera Edición, Fundación Biblioteca Ayacucho, Venezuela, 2007, 11.

² ÁVILA, Humberto, *Teoría de la seguridad jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2012, 65 y 66.

³ CHICO Y ORTIZ, José María, *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo I, Madrid, Marcial Pons, 2000, 20.

⁴ Cfr. BONFANTE, *Notas a WINDSCHEID, Diritto delle Pandette*, Volumen V, Turín, 1926, 668 / PUGLIATTI, Salvatore, *La trascrizione*, Volumen I, Milán, 1957, 35 / VON IHERING, Rudolf, *Geist des Römischen Rechts*, Tomo II, Leipzig, Alemania, 1883, 525 y sigs.

⁵ GIANTURCO, Emanuele, *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul Diritto Ipotecario I*, Nápoles, Italia, 1890, 7 sigs.

⁶ Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Fundamentación Económica del Derecho de Propiedad privada e ingeniería jurídica del intercambio impersonal*, Civitas, Thomson Reuter, 2017, 138 y sigs.

⁷ Decreto-ley núm. 335/2015, *Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

⁸ CALVAY ODAR, mayobanex W. «La Publicidad Registral y los efectos del Principio de Fe Pública Registral ¿La publicidad registral se centra solo en el asiento registral o se extiende al título archivado?», en *Revista IUS*, núm. 4, año II, 26.

⁹ ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Tomo I, 6.ª edición, Bosch, Barcelona, España, 1995-1998, 101.

¹⁰ GALLEGO DOMÍNGUEZ, Ignacio, «El Registro de la Propiedad como mecanismo de protección a los consumidores», en Cátedra Bienvenido OLIVER LABRA de Derecho Registral, Universidad de Córdoba, Anales, Tomo I, Colegio de Registradores, España, 2010, 262.

¹¹ LÓPEZ MEDEL, Jesús, *Propiedad Inmobiliaria y Seguridad Jurídica*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, España, 2016, 160.

¹² GARCÍA GARCÍA, José Manuel, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo I, Civitas, Madrid, España, 1988, 47 y sigs.

¹³ EHRENBERG, Víctor, Seguridad jurídica y seguridad del tráfico, Colegio de Registradores, traducción de Antonio PAU PEDRÓN, 2003, 48: «vienen a ser en cierto modo, términos contrapuestos, alcanzables uno a costa del otro. La seguridad jurídica (en el sentido estricto de la expresión) consiste en que no puede llevarse a cabo una modificación desfavorable de la situación anterior de las relaciones patrimoniales de una persona sin el consentimiento de esta. La seguridad del tráfico consiste en que la previsiblemente modificación favorable de las relaciones patrimoniales de una persona no pueda frustrarse por circunstancias que le sean desconocidas para esa persona».

¹⁴ Sobre la doctrina de la Protección de la apariencia consultar: FALZEA, Angelo, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Tomo II, *Dogmaticagiuridica*, Giuffrè, Milán, Italia, 1997; VON STAUDINGERS ERTL, *Kommentarzum BGB. Buch 3, Sachenrecht. 12 Auf 1989* y del propio autor *Vorbermzu §§ 873-902 Zr 28: NegativePublizität: Nur das Vertrauen in das Schweigen des Grundbuchswirdgeschützt. Beim Erwerbberlo schennichtei-gentra gene Rechte (zBFrankreich, Italien, Spanien)*; RIVERA, Julio César, *Instituciones de derecho civil*, parte general, Tomo I, 2.ª edición,

Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1998; ALTERINI, Jorge Horacio, «La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. La doctrina del acto aparente en el nuevo Código civil y Comercial y en el derecho actual», en *Revista Anticipo de Anales*, núm. 54, Año LXI-segunda Época, noviembre 2016; LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel M. y AA. VV, *Derecho civil patrimonial II*, Tirant lo Blanch, Valencia, España, 2014; LARROUMET, Christian, *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat*, 6.ª edición, primera parte, Economica, París, Francia, 2007; AMELI, François, *Droit Civil. Les Obligations*, Montchrestien, París, Francia, 1997 y CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, «La teoría integral de la apariencia jurídica y la figura de la apariencia de buen derecho en la nueva ley de amparo, reglamentaria de los

artículos 103 y 107 de la constitución política de los Estados Unidos mexicanos», disponible en <https://goo.gl/NKEj58>, 63, consultado el 16 de mayo de 2018.

¹⁵ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, Civitas, España, 1988, 236.

¹⁶ MENGONI, *Gliacquisti «a non domino»*, 3.^a ed., Milano, 1975, citado por GORDILLO CAÑAS, Antonio, El principio de fe pública registral (I), Estudios Monográficos, *Anuario de Derecho Civil*, 2006, España, 547.

¹⁷ En esta postura destaca GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther Hernán. Cfr. La teoría del derecho real construida a partir de la Constitución, en *Gaceta Constitucional* número 65, edición especial, 2013.

¹⁸ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco, *Derecho Inmobiliario Registral*. 2.^a edición. Barcelona: Bosch, 1991; 206.

¹⁹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Tomo II, Editorial Civitas, España, 1988, 389.

²⁰ Según PAU PEDRÓN, «es uno de los textos registrales de mayor valor técnico: facilitó la inmatriculación, creó el procedimiento judicial sumario de ejecución hipotecaria, fijó la extensión objetiva de la hipoteca, reguló la conversión de las inscripciones de posesión en inscripciones de dominio». Cfr. PAU PEDRÓN, Antonio, *La publicidad registral*, Marcial Pons, Madrid, 1988, 148.

²¹ Artículo 34 LHU: No obstante lo declarado en el artículo anterior, los actos y contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el Registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscriptos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscripto o de causas que no resulten claramente del mismo Registro. Solamente en virtud de un título inscripto podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscripto, salvo lo dispuesto en el artículo 389.

Lo dispuesto en este artículo no será aplicable en ningún tiempo al título inscripto con arreglo a lo prevenido en el artículo 390, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado a que se refiere dicho título.

²² Cfr. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando Pedro, *La buena fe del artículo. 34 de la Ley Hipotecaria. Una Revisión Crítica de la posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia*, Publicat a la Revista Jurídica de Catalunya, núm. 1, 2018, 1.

²³ ROBLES ESPINOSA, Manuel, Algunas ideas sobre la noción del Tercero Hipotecario, en *Revista Cubana de Derecho*, Año XVII (3 nueva serie), enero-marzo 1943 núm. I (65), 23.

²⁴ DORTA DUQUE, Manuel, *Curso de Legislación Hipotecaria*, Biblioteca de la Revista Cubana de Derecho, serie A. T. IV, Tomo segundo, cuarta edición, Imprenta de la Universidad de la Habana, 1953, 338.

²⁵ Primera Ley de Reforma Agraria de 17 de mayo de 1959, en *Gaceta Oficial Extraordinaria Especial* núm. 7, del 3 de junio, 1. Segunda Ley de Reforma Agraria de 3 de octubre de 1963, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 1, de la misma fecha, 1.

²⁶ Ley de Reforma Urbana de 14 de octubre de 1960, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 23, de la misma fecha, 1.

²⁷ RODRÍGUEZ MONTERO, Gustavo Enrique, *El régimen jurídico de la vivienda y demás bienes inmuebles en Cuba*, 2009, ed. electrónica, en www.eumed.net, consultado el 4 de agosto de 2011, 182.

²⁸ Ley núm. 59 de 16 de julio de 1987, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 9 de 15 de octubre de 1987.

²⁹ Decreto-ley núm. 185 del Consejo de Estado, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 2 de 6 de julio de 1998.

³⁰ Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, *Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad*, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 39 de 6 de agosto de 2007.

³¹ Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, *Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad*, en Gaceta Oficial Ordinaria núm. 43 de 9 de octubre de 2012.

³² Resolución núm. 181/2016 de 7 de noviembre de 2016 de la Ministra de Justicia, Metodología para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles por personas jurídicas no estatales constituidas sin fines lucrativos, en *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 31 de 7 de noviembre de 2016.

³³ *Vid ut supra*, 8.

³⁴ Resolución núm. 597/87 del Ministro de la Agricultura, Registro de la Tenencia de la Tierra de 27 de octubre de 1987; resolución núm. 288/90 del Ministro de la Agricultura, Reglamento para el funcionamiento del Registro de la Tenencia de la Tierra, de 15 de mayo de 1990; resolución Conjunta MINAG-MINAZ-INV-IPF del 1ro de abril del 2002.

³⁵ Decreto-ley núm. 214, Constitución de Hipotecas sobre Bienes Inmuebles, en Decreto-ley *Gaceta Oficial Extraordinaria* núm. 9, de 24 de noviembre de 2000.

³⁶ Decreto-ley núm. 289/11 de 21 de noviembre de 2011, en *Gaceta Oficial Extraordinaria*, núm. 40 de 21 de noviembre de 2011.

³⁷ Dr. Diego Fernando CANIZARES ABELEDO. El Dictamen nunca llegó a publicarse.

³⁸ Decreto-ley núm. 288, en Gaceta Oficial Extraordinaria, núm. 035, de 2 de noviembre de 2011.

³⁹ La sentencia núm. 114 de 28 de febrero de 2017, declaró expresamente que *...la inscripción Registral obviamente imprimía de certeza y seguridad jurídica a actos jurídicos...*, protegiendo al tercero adquirente de buena fe, a título oneroso mediante una interpretación extensiva del artículo 4 del Código civil, hasta ese entonces jamás advertida. Sin embargo, al mes siguiente, la propia sala dictó sentencia la núm. 234 de 20 de abril de 2017 contradictoria con la anterior.

⁴⁰ En este caso el conviviente «desprotegido» se enfrentaba a una madre divorciada con 2 hijas menores de edad, que había comprado la vivienda. El TSP devolvió las actuaciones al tribunal provincial, para que admitiera una prueba documental que este no había apreciado. En la actualidad el asunto continúa *subjudice*.

⁴¹ AGUIRRE ALONSO, Raisa María, La jurisprudencia como fuente del Derecho, en *Revista Justicia y Derecho*, Tribunal Supremo Popular, núm. 26, año 14, junio de 2016, 129.

⁴² Artículo 121: Los tribunales constituyen un sistema de órganos estatales, estructurado con independencia funcional de cualquier otro y subordinado jerárquicamente a la Asamblea Nacional del Poder Popular y al Consejo de Estado. El Tribunal Supremo Popular ejerce la máxima autoridad judicial y sus decisiones, en este orden, son definitivas. A través de su Consejo de Gobierno ejerce la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria; toma decisiones y dicta normas de obligado cumplimiento por todos los tribunales y, sobre la base de la experiencia de estos, imparte instrucciones de carácter obligatorio para establecer una práctica judicial uniforme en la interpretación y aplicación de la ley.

⁴³ *Vid.* Proyectos del Código de Familia, Proyecto de modificación de la LPCALE, Decretos Leyes y Decretos modificativos del régimen jurídico de la vivienda de residencia permanente y de los vehículos, por solo citar algunos.

⁴⁴ La inexistencia de regulación normativa en Cuba en cuanto a la función de la jurisprudencia es, sin duda, el primero de los escollos en este tipo de análisis. Las fuentes del Derecho no están positivizadas en la legislación cubana, ni siquiera las formales. En España sin embargo, la clara redacción del artículo 1 del Código civil, deja definido su sistema de fuentes formales y en su apartado sexto, concibe a la jurisprudencia como fuente, aunque de rango indirecto. La naciente doctrina cubana, ha concebido a las fuentes indirectas como aquellos procedimientos de formalización del Derecho, cuya función creadora, consiste en coadyuvar a la formulación de las normas jurídicas, orientando, interpretando e integrando, *vid.*, AGUIRRE ALONSO, R.M., *op. cit.*, 122.

⁴⁵ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. Pensión por jubilación o viudedad y el derecho a la legítima asistencial: Los nuevos derroteros en la interpretación del Tribunal Supremo (A

propósito de las sentencias núm. 237 del 30 de abril de 2014, núm. 22 de 30 de enero de 2015 y núm. 190 de 31 de marzo de 2015), *Estudios sobre la Legítima Asistencial*, Colegio de Notarios de Lima, Perú, 2015, 375.

⁴⁶ En las referencias concretas a las resoluciones judiciales analizadas en este trabajo se constatan ambas manifestaciones.

⁴⁷ MARTÍ PÉREZ, José; Los Códigos Nuevos, en *Nuestra América*, Tercera Edición, Editorial Fundación Biblioteca Ayacucho, Venezuela, 2007, 11.

*(Trabajo recibido el 15-2-2019 y aceptado
para su publicación 1-4-2019)*

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 2-1-2019

BOE 5-2-2019

Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO Y OBJETO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, la forma de practicar los asientos o la aplicación del arancel a las operaciones registrales practicadas, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 2-1-2019
BOE 5-2-2019
Registro de la Propiedad de Barbate.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Como punto de partida, debe resaltarse que en la calificación impugnada se expresa un defecto, en aplicación del principio de tracto sucesivo, que conduce inexcusablemente a la desestimación del recurso toda vez que, cuando el título objeto de dicha calificación fue presentado en el Registro, ya se había inscrito la transmisión de la finca en favor de un tercero mediante determinada escritura de compraventa. Y es que el principio de tracto sucesivo, que se plasma desde el punto de vista normativo en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, es uno de los principios básicos en los sistemas registrales de folio real y, por tanto, del nuestro, imponiendo el enlace entre las sucesivas titularidades de los derechos inscritos. Este precepto legal, para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven, modifiquen o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, exige que conste previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos. Este principio, además, implica la legitimación activa del titular registral, pues únicamente él puede realizar actos dispositivos con eficacia hipotecaria, por lo que las titularidades registrales deben formar una sucesión en cadena, sin solución de continuidad, desde el inmatriculante hasta el titular actual. Por último, dicho principio de tracto sucesivo opera también en sentido negativo, impidiendo el registro de actos que no procedan del citado titular o en los que no haya tomado parte, de modo que «en el caso de resultar inscrito aquel derecho a favor de persona distinta de la que otorgue la transmisión o gravamen, los Registradores denegarán la inscripción solicitada».

Aun cuando no influyan en la resolución final de este recurso, sin duda cabe hacer alguna referencia de determinadas cuestiones. Abierta la liquidación, el poder de representación del administrador concursal de ese patrimonio autónomo —no personificado—, propiedad del deudor, afecto a la satisfacción de los acreedores concursales, que es la masa activa, no deriva de la pérdida de las facultades de administración y disposición por parte de la sociedad concursada, aunque sea consecuencia de ella, sino que deriva directamente de la Ley, que lo determina y configura. Aprobado el plan por el juez del concurso, la administración concursal debe proceder a la realización de los bienes y derechos que integran la masa activa conforme a las reglas establecidas en el plan aprobado. Como puso de relieve esta Dirección General en resolución de 18 de mayo de 2017, en función del criterio fijado por la norma procesal, debe entenderse que las subastas notariales cuya publicación se hubiera acordado con anterioridad al día 15 de octubre de 2015 deberían celebrarse conforme al sistema previsto en los artículos 234 a 236 del Reglamento Hipotecario, mientras que las correspondientes a expedientes que no hubieran alcanzado ese estadio de tramitación habrían de convocarse y celebrarse con arreglo al nuevo método previsto en los artículos 72 a 77 de la Ley del Notariado.

Resolución de 2-1-2019

BOE 5-2-2019

Registro de la Propiedad de Torreveja, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: REQUISITOS Y PLAZO. OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Como ha reiterado asimismo esta Dirección General, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

El artículo 18 de la Ley Hipotecaria señala un plazo máximo de quince días para la calificación del documento, contados desde la fecha del asiento de presentación, debiéndose excluir del mismo los días inhábiles. A su vez, y en cuanto al plazo para efectuar la notificación de la calificación al presentante y, en su caso, al notario autorizante del título calificado, ya este Centro Directivo en resolución de 18 de enero de 2006 afirmó que el registrador de la propiedad debe ineluctablemente llevarla a cabo en el plazo y la forma establecidos en el artículo 322 de la Ley Hipotecaria (según redacción resultante de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre), cabe recordar que en este precepto, en garantía de los interesados, se incrementan notablemente los requisitos formales de dicha calificación registral negativa, estableciéndose que la notificación de esta se efectuará conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (remisión que debe entenderse ahora realizada a los artículos 40 y 41 de la citada Ley de Procedimiento Administrativo), fijándose un plazo de diez días en el primero de los preceptos citados, contados desde la fecha en que el acto haya sido dictado.

Debe recordarse que no es en absoluto indiferente o irrelevante la vía jurídica, de entre las ofrecidas en el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, por la que se solicite y obtenga eventualmente la inscripción registral de una edificación terminada. Es el otorgante suficientemente informado quien debe valorar adecuadamente las ventajas e inconvenientes de optar por la vía prevista en el número 1 o por la del número 4 de dicho precepto y tomar una decisión para la que no debería atender simplemente a la aparente ventaja o facilidad que ofrece al artículo 28.4 en cuanto a la reducción de requisitos documentales exigibles en comparación con los del artículo 28.1, sino considerar también otras consecuencias jurídicas que ello supone. En el presente caso, con base en todos los hechos que resultan del expediente, debe considerarse que se trata de la declaración de una obra nueva «por antigüedad». Consecuentemente, los requisitos exigibles para practicar la inscripción son los que resultan del artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

Debe advertirse, como ya dijo esta Dirección General en resolución de 18 de julio de 2018, que el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, tan solo exige, junto a la aportación de los documentos que acrediten «la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título», de los que resulte además, como aclara el artículo 52, apartado b), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que dicha fecha sea «anterior al plazo previsto por la legislación aplicable para la prescripción de la infracción en que hubiera podido incurrir el edificante». La prueba de tal extremo, unida a la simple constatación sobre «la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la

construcción, edificación e instalación de que se trate» constituyen los únicos requisitos necesarios para el acceso de la obra al Registro, como ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, donde se acredita la antigüedad de la edificación (incluyendo la ampliación declarada) por medio de certificado técnico, lo cual sin duda se cumple en el caso que nos ocupa.

No cabe plantear en el caso de este expediente la interpretación del alcance de la cláusula, antes transcrita, y si realmente puede entenderse que ampara la realización de las obras de ampliación pretendidas sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios, según se desprende de los artículos 7 y 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, ya que esta cuestión no se plantea en la nota de calificación (art. 326 de la Ley Hipotecaria).

Se observa que no existe correspondencia entre la superficie expresada en la descripción literaria de la edificación en el título y la que resulta de las coordenadas catastrales aportadas. Por tanto, resulta imposible determinar la ubicación gráfica concreta de los 64,96 metros cuadrados ocupados por la edificación a que se refiere el título y el propio certificado técnico acreditativo de la antigüedad (cfr. resoluciones de 5 de julio de 2016 o 27 de julio de 2017), sin que pueda suplirse, como pretende el recurrente, por la posible existencia de parte de la edificación no declarada, pues la constancia registral de las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación publicará la existencia de una edificación en una ubicación concreta del espacio físico ocupando un área determinada por los vértices de sus coordenadas georreferenciadas, debiendo desestimarse el recurso en este punto.

Resolución de 2-1-2019

BOE 5-2-2019

Registro de la Propiedad de Valencia, número 13.

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE: COMPROBACIÓN DEL CSV.

Como cuestión previa, de carácter procedimental, debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 326, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no pueden ahora valorarse los documentos, aportados con el escrito de recurso.

El Código Seguro de Validación se convierte en firma electrónica, y en consecuencia, en medio autónomo de comprobación de la autenticidad del documento (cfr. art. 30.5 de la Ley de acceso electrónico), siempre y cuando el documento haya sido generado con carácter electrónico por la propia Administración —titular, se entiende, de la sede de que se trate—, autorizado por funcionario, que dentro de dicha Administración, tenga legalmente la competencia que se ejercita (cfr. art. 3.6 de la Ley de firma electrónica), mediante la utilización de cualquier sistema adecuado de firma electrónica (incluidos, en su caso, el sello electrónico y el Código Seguro de Validación), y se haya trasladado a papel, con impresión de aquella referencia o identificador lógico.

El registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el Código Seguro de Verificación

incorporado al propio documento. Las consideraciones anteriores conducen a la desestimación del presente recurso, pues si el código seguro de verificación de la documentación presentada no permite comprobar la autenticidad de la misma no cabe sino aplicar tanto el artículo 254.1 («ninguna inscripción se hará en el Registro de la Propiedad sin que se acredite previamente el pago de los impuestos establecidos o que se establecieron por las leyes, si los devengare el acto o contrato que se pretenda inscribir») como el artículo 255 de la Ley Hipotecaria (según el cual si, no obstante lo previsto en el artículo anterior, se ha extendido el asiento de presentación antes de que se verifique el pago del impuesto, «se suspenderá la calificación y la inscripción u operación solicitada y se devolverá el título al que lo haya presentado, a fin de que se satisfaga dicho impuesto»).

Resolución de 4-1-2019

BOE 5-2-2019

Registro de la Propiedad de Guía de Isora.

HERENCIA: CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO.

El Certificado sucesorio no es definido en el Reglamento. Constituye una forma más de circulación de las sucesiones *mortis causa* entre los Estados miembro, referidas al título de la sucesión y a la prueba de sus elementos. El Certificado, que es voluntario, viene siempre motivado por la petición de los interesados. Se expide para ser utilizado exclusivamente en otro u otros Estados miembro —aun siendo la ley aplicable a la sucesión la de un tercer estado—, y no tiene que referirse a la total sucesión, sino que también puede hacerlo a los elementos que se pretendan certificar.

En el Derecho español, la expedición y recursos con relación al Certificado, cuando haya de emitirse por autoridad española, se regula en la disposición final vigesimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil, introducida por la disposición final segunda de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Esta misma ley 29/2015, de 30 de julio, modifica el artículo 14 de la ley Hipotecaria, introduciendo el certificado sucesorio europeo entre los títulos de la sucesión hereditaria a efectos de Registro de la Propiedad.

Se presume que prueba los extremos que han sido acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. Se presumirá, asimismo, conforme al inciso segundo del párrafo 2.º del artículo 69 que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, ejecutor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que expresen sin más condiciones o imitaciones que las mencionadas en el certificado. No podrá afectar a la naturaleza de los derechos reales ni a la inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un Registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo. No limita el principio de legalidad, que encuentra su formulación más evidente en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, en lo que no sea incompatible (*vid.* Considerando 69), habida cuenta de su finalidad probatoria y no constitutiva.

Habida cuenta de que la disposición *mortis causa* (tal como se define en el art. 2 del Reglamento) es un extremo tenido en cuenta y que por lo tanto está en la base del certificado, no será necesario —de ser la sucesión testada, como ocurre

en el caso ahora planteado— incorporar o acompañar a la escritura calificada copia del testamento, al ser el certificado mismo, como se ha indicado, el título formal previsto para la inscripción (art. 14 de la Ley Hipotecaria).

Nada se dice en el Reglamento de la lengua en que haya de ser expedido, limitándose a ser publicados en las veintidós lenguas oficiales los formularios previstos en los artículos 67 y 81, apartado 2.º, en cuanto versiones lingüísticas disponibles del Reglamento de ejecución. Cierto es que la Unión Europea avanza firmemente en los mecanismos de traducción simultánea que permitan una más fácil circulación de sus resoluciones y con ello una más estrecha creación de un espacio de justicia. Sin embargo, ante la ausencia de norma europea concreta pueden ser impuestos los requisitos nacionales. Máxime teniendo presente que los campos que deben ser completados en el formulario V, constitutivo del Certificado sucesorio, en algunos casos, como son los puntos 7.4, 8.2.3, 8.2.4, 8.3 y 8.4 con relación a la ley aplicable y ciertos extremos de los anexos I a VI del formulario—en los casos en que deban ser completados— no permiten una traducción simultánea por cotejo de diversas versiones lingüísticas. Las autoridades de destino pueden, por tanto, pedir traducción de conformidad con su ley nacional. Pero tal petición es innecesaria en el presente caso en que el notario manifiesta conocer en lo suficiente la lengua alemana en la sencilla traducción que se realiza de los campos cumplimentados en el concreto Certificado empleado, que suponen el íntegro título sucesorio, por lo que una mayor exigencia carecería de fundamento.

Resolución de 4-1-2019

BOE 5-2-2019

Registro de la Propiedad de Torre-Pacheco.

OBRA NUEVA: GEORREFERENCIACIÓN DE LA FINCA DONDE SE UBICA LA EDIFICACIÓN.

La cuestión que se plantea en este expediente es la de si para inscribir sobre una finca una edificación con las coordenadas de la superficie ocupada por ella es necesaria o no la previa inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca sobre la que se dice estar ubicada dicha edificación. Esta cuestión ha sido tratada en reiteradas ocasiones por esta Dirección General en resoluciones invocadas por el notario recurrente (cfr. «Vistos»), que procede traer a colación.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Cuando la finca no tiene previamente inscrita su georreferenciación, tal análisis geométrico espacial resultará difícil en ocasiones o imposible en otras, y puede no llegar a disipar las dudas acerca de si la concreta edificación declarada está o no efectivamente ubicada en su totalidad dentro de la finca sobre la que se declara. Por ello, 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.

En el presente caso el registrador basa su nota de calificación en la circunstancia de ocupar la edificación la total superficie de la finca registral, a su vez coincidente con la parcela catastral. La expresión de las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, conlleva la ubicación indudable de esta en el territorio, por lo que en caso de situarse todo o parte de las coordenadas en los límites de la finca quedará determinada siquiera parcialmente la ubicación de la finca (según afirma el propio recurrente), y consecuentemente la de la finca colindante, con riesgo de que la determinación y constancia registral de esta ubicación se realice sin intervención alguna de los titulares de fincas colindantes. Concorre en el presente caso la circunstancia de ser coincidentes las coordenadas de la edificación con las que resultan de la parcela catastral, lo que supone, tal y como afirma el recurrente, que indirectamente se estaría georreferenciando la finca registral. Es por ello que no resulta admisible la posibilidad de que por la vía indirecta de reflejar las coordenadas de una edificación al amparo del artículo 202 de la Ley Hipotecaria ingrese en el Registro una representación gráfica georreferenciada de la finca registral, lo que sería equivalente a una mención de derechos susceptible de inscripción separada y especial.

Cabe recordar que según doctrina reiterada de esta Dirección General, como afirmó la resolución de 12 de febrero de 2016, dado que la principal finalidad de este procedimiento es la tutela de los eventuales derechos de titulares de fincas colindantes, siempre que estas se vean afectadas por la representación gráfica que pretende inscribirse, carece de sentido generalizar tales trámites cuando de la calificación registral de la representación gráfica no resulta afectado colindante alguno. Por tanto, considerando las circunstancias de hecho de este expediente, antes expuestas, podrá acudirse a este supuesto para lograr la previa inscripción de la representación gráfica de la finca, notificando las operaciones practicadas a los titulares de fincas colindantes inscritos.

Resolución de 9-1-2019

BOE 5-2-2019

Registro de la Propiedad de Puçol.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

De la interpretación del artículo 98 Ley 24/2001 por el Tribunal Supremo (sentencia de 23 de septiembre de 2011) y de la doctrina expresada por esta Dirección General en numerosas resoluciones cabe extraer un criterio ya asentado y pacífico respecto del alcance de la calificación registral del juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas de los otorgantes. El registrador deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado y las facultades ejercitadas, así como la congruencia del juicio que hace el notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título. Dicho de otro modo, deberá calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de

las facultades del representante, siendo el contenido de este congruente con el acto o negocio jurídico documentado. Se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la Propiedad pueden consultar.

En la escritura pública que da lugar a la presente, el notario autorizante tras llevar a cabo la reseña de los poderes en virtud de los que actúan los dos apoderados mancomunados de la entidad, que comparecen ante él, expresa su juicio de suficiencia en relación con un concreto negocio jurídico documentado: admitir en pago de deudas bienes de cualquier naturaleza, por acuerdo directo con el deudor, hasta un límite de 300.500 euros —límite que no rebasa y por lo tanto está dentro de sus facultades—. Al reunirse la hipoteca y la propiedad en una misma persona, por regla general debe entenderse que aquella queda extinguida, siempre que se produzca una verdadera confusión de derechos.

Por lo tanto, extinguiéndose la hipoteca por confusión de derechos, conforme la doctrina expuesta, basta la solicitud que contenga la rogación, lo que resulta claramente de la escritura presentada a inscripción, en la que en la cláusula específica en la que se recoge la extinción de la hipoteca por confusión de derechos, «se solicita del Sr. registrador de la propiedad practique en los libros a su cargo, la inscripción de la cancelación de dicha hipoteca». Tratándose de una solicitud de interesado, y constando el juicio de suficiencia exigido para el acto que lo ocasiona —dación de bien en pago de deuda—, circunstancias todas que resultan de la escritura, no es preciso un juicio pormenorizado de suficiencia para esta cancelación del asiento extinguido «*ope legis*» por confusión de derechos.

Resolución de 9-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de La Palma.

CANCELACIÓN: EL ARTÍCULO 82 NO AMPARA EL CONSENTIMIENTO FORMAL.

En primer lugar, debe confirmarse el criterio del registrador según el cual, en caso de proceder a la cancelación de la inscripción 2.^a de dominio a instancia de los herederos de los titulares registrales, la finca se mantendría vigente en la publicidad tabular recobrando vigencia la primera inscripción de dominio, por lo que en ningún caso se lograría el fin perseguido por las partes. Por tanto, en el presente supuesto debería procederse, o bien a titular e inscribir las oportunas modificaciones de entidades hipotecarias que se han producido respecto de la finca registral 375, o a iniciar un expediente de doble inmatriculación conforme a lo prevenido en el artículo 209 de la Ley Hipotecaria en caso de resultar acreditada tal doble inmatriculación.

El artículo 82 LH no puede interpretarse de forma aislada, sino en congruencia con el conjunto del ordenamiento, y de él resulta que la admisión del puro consentimiento formal como título bastante para la cancelación no se conviene con las exigencias de nuestro sistema registral, que responde, a su vez, al sistema civil causalista que exige la existencia y expresión de la causa que fundamenta dicha cancelación.

Resolución de 10-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 28.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL PROCEDIMIENTO HA DE DIRIGIRSE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.* las resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario el de tracto sucesivo, en virtud del cual para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En el presente caso las exigencias del referido principio de tracto sucesivo llevan a confirmar la calificación impugnada, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales, sin que pueda alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales.

Resolución de 10-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Felanitx, número 2.

REQUISITOS FISCALES DEL TÍTULO INSCRIBIBLE: ACTUACIÓN DEL REGISTRADOR.

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 con los Impuestos de Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados y de Sucesiones y Donaciones, como respecto al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, conforme a los artículos 254 y 255 LH.

El registrador 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. No concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al impuesto (apartados 2 a 4 del art. 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) 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, debe tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exigiera 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.

En el presente caso el registrador se limita a expresar que no se acredita si la diligencia de presentación a la Administración Tributaria incorporada a la escritura de carta de pago se corresponde con la instancia privada solicitando la cancelación de la condición resolutoria. Esta objeción no puede ser mantenida, pues, como afirma el notario recurrente, el artículo 10 de la Orden del Consejero de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 2009, por la que se regula el procedimiento de pago y presentación de documentación con trascendencia tributaria por vía telemática y se crea el Tablón de anuncios electrónico de la Agencia Tributaria de las Illes Balears. Así, este Centro Directivo ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la existencia de un conjunto de deberes de coordinación, colaboración e interrelación entre diferentes administraciones que eviten dilaciones o duplicidades para los administrados, dentro de las cuales los registradores se incluyen.

Por todo ello el defecto, tal y como se ha formulado, no puede mantenerse, ya que el registrador debería haber comprobado en el portal de la Agencia Tributaria de las Illes Balears la correspondiente diligencia de presentación del documento en la oficina tributaria competente.

Resolución de 14-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de El Ejido, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el procedimiento del artículo 199 LH el registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan claramente identificadas y fundamentadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la invasión de dominio público. En concreto la calificación pone de manifiesto la oposición de la Administración Pública a la inscripción de la representación gráfica por encontrarse incluida en un monte público una de las parcelas catastrales que se incluyen en la representación gráfica alternativa aportada. Tal y como ya se ha señalado, 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 con el dominio público. A lo que cabe añadir lo previsto en el artículo 22 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. En este punto no puede olvidarse que toda inscripción de representación gráfica conlleva la rectificación de la descripción literaria de la finca [cfr. art. 9.b) de la Ley Hipotecaria], por lo que el precepto es claramente aplicable al supuesto que nos ocupa.

Resulta correcta la actuación del registrador a la vista del informe desfavorable de la Administración autonómica, pues dados los términos del pronunciamiento no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que por el interesado se ejerciten los recursos o actuaciones correspondientes ante dicha autoridad administrativa o incluso judicial para instar la rectificación de la resolución administrativa dictada.

Resolución de 16-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de La Unión, número 2.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA SU EJERCICIO.

La reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor; segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución; y, tercero, el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o correspondiente, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución.

En el presente caso, al existir oposición expresa del comprador requerido a la resolución invocada por la transmitente, hecha constar mediante la oportuna diligencia en el acta de notificación y requerimiento instada por la ahora recurrente, debe confirmarse íntegramente la calificación del registrador.

Resolución de 16-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Álora.

HERENCIA: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE.

Esta Dirección General (cfr. las resoluciones de 3 de abril de 1995, 8 y 22 de julio de 2005, 12 de noviembre de 2011, 12 y 16 de noviembre de 2015 y 1 de junio de 2018, entre otras citadas en los «Vistos» de la presente) ha puesto de relieve la sustancial diferencia, como títulos sucesorios atributivos o sustantivos, entre el testamento y acta de notoriedad de la declaración de herederos abintestato.

El testamento responde tanto al concepto de título material como formal, pues es ante todo un negocio jurídico «*mortis causa*» que expresa la voluntad del testador que es la ley de la sucesión y la que decide con plenos efectos el destino de los bienes constituyendo el título o causa de adquisición de los mismos, una vez que el llamamiento se completa con la aceptación y adjudicación de herencia (cfr. arts. 609 y 670 CC). El testamento es el fundamento mismo de la vocación o llamamiento del heredero y de la delación como elementos determinantes del fenómeno sucesorio. Distinto significado tiene la declaración de herederos en la sucesión intestada. No constituye el título material de la sucesión intestada,

pues dicho título es la ley. Solo puede considerarse título formal en cuanto sirve de vehículo documental para el acceso al Registro y prueba o justificación de la individualización en la persona del heredero atendiendo a los diferentes órdenes y grados de llamamiento. El llamamiento al heredero lo hace la ley (cfr. art. 657 CC); mientras que la resolución judicial o el acta notarial se limita a concretar una delación ya deferida. Por el contrario, en la delación testamentaria lo prevalente es la voluntad del causante.

Por otra parte, desde el punto de vista formal, la doctrina de este Centro Directivo admite (véanse resoluciones citadas en los «Vistos») como suficiente a los efectos del Registro, en las inscripciones basadas en escrituras públicas de partición de herencia, la presentación de las primeras copias, testimonios por exhibición y traslados directos del testamento, o bien que figuren insertos en la escritura. Ahora bien, en el ámbito de la sucesión intestada, esta Dirección General ha entendido que puede inscribirse la partición si en la escritura se realiza un testimonio en relación de los particulares del documento necesarios para la calificación e inscripción en el Registro de la Propiedad, los cuales quedan de este modo bajo la fe pública notarial, satisfaciéndose con ello la exigencia de documentación auténtica para la inscripción establecida en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria.

En el supuesto al que se refiere el presente expediente el registrador no opone tacha alguna en relación con el testamento, cuya copia íntegra aparece incorporada a la escritura de entrega de legados, aceptación y adjudicación de herencia, junto con los respectivos certificados de defunción y del Registro General de Actos de Última Voluntad del causante, pero centra su reproche en la citada escritura de aceptación y adjudicación de herencia, y en concreto en el carácter de copia parcial de la misma. Esta objeción no puede ser acogida favorablemente por este Centro Directivo, pues la afirmación en que se basa está desmentida por el propio artículo 221 del Reglamento Notarial, al disponer en su párrafo primero que «se consideran escrituras públicas, además de la matriz, las copias de esta misma expedidas con las formalidades de derecho. (...) Las copias deberán reproducir o trasladar fielmente el contenido de la matriz (...)». Por otra parte, el párrafo segundo del mismo artículo 221 del Reglamento Notarial establece que «las copias autorizadas pueden ser totales o parciales, pudiendo constar en soporte papel o electrónico», sin excluir de esta consideración de escritura pública a las copias parciales.

Por lo demás, en el supuesto de que el registrador estimara insuficiente el contenido de la copia parcial del título para calificar los referidos extremos del mismo, relevantes a los efectos de la inscripción, deberá motivarlo expresa y adecuadamente (con la debida especificación de los elementos del negocio que, a su juicio, falten en la transcripción realizada en dicha copia parcial), sin que —como ocurre en el caso del presente recurso— baste la mera solicitud de que se presente copia total del referido título.

Resolución de 16-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 44.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y FORMA DE HACER LAS NOTIFICACIONES.

Es preciso recordar que el registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está

vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

El artículo 201, apartado 1, de la Ley Hipotecaria, en la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, regula el expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de cualquier finca registral y se remite en cuanto a su tramitación a las reglas que establece el artículo 203. Uno de sus objetivos es, por tanto, la rectificación de la cabida de la finca inscrita, debiendo responder las diferencias entre la superficie que figure en la descripción registral y la correspondiente a su descripción actualizada o rectificada a «errores descriptivos del Registro y no a la celebración de negocios traslativos o en general a cualquier modificación, no registrada, de la situación jurídica de la finca inscrita» [vid. letra a) del art. 201.1 de la Ley Hipotecaria].

Tras la reforma operada por la citada Ley 13/2015 para proceder a cualquier rectificación de la descripción también es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. Si el expediente tramitado fuera el previsto en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, ya que el mismo se ha regulado en la reforma introducida por la Ley 13/2015, de 24 de junio, con la finalidad específica de lograr toda clase de rectificación descriptiva, se prevén especiales garantías para su tramitación, que determinan que pueda utilizarse cualesquiera que sean las discrepancias superficiales con la cabida inscrita o los linderos que pretendan modificarse, incluso fijos.

En cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. La duda del registrador se fundamenta no solo en la magnitud del exceso, que en cualquier caso debe tomarse en consideración por su importancia como elemento coadyuvante en la formación de dicha duda, ni solo en la alteración de un lindero (con ser igualmente importante por tratarse de un lindero fijo el que consta en el Registro, y no un mero cambio de un lindero personal a otro de la misma naturaleza), que adicionalmente corresponde a un bien de dominio público, sino que además por el conjunto de las circunstancias reseñadas, cabe dudar racionalmente de si estamos en presencia de la misma superficie incluida en los linderos de la finca que fue objeto de venta a la Asociación de Cabezas de Familia de la Cañada Real Galiana, es decir, si se trata de la misma finca inscrita con una cabida erróneamente reflejada en el Registro, o más bien se está en presencia de terrenos que procedentes de la desafectación de parte de la vía pecuaria indicada están siendo poseídos sin que el título que ampare dicha posesión y su correlativo dominio haya quedado debidamente acreditado (cfr. art. 609 CC). A todo lo anterior hay que añadir en el presente caso la singularidad que presentan los terrenos procedentes de la citada vía pecuaria al haber sido objeto de una regulación específica por medio de la Ley 2/2011, de 15 de marzo, de la Cañada Real Galiana, que tuvo por objeto establecer el régimen jurídico aplicable a la citada cañada a su paso por los términos municipales de Coslada, Madrid y Rivas-Vaciamadrid.

El registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. resolución de 8 de junio de 2016). Y ello sin perjuicio de la

calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado, conforme al último párrafo del artículo 201.1 y de la regla sexta del artículo 203, sin que sea pertinente en dicho momento apreciar dudas de identidad no expresadas al tiempo de expedirse la certificación al inicio del procedimiento, salvo que de la tramitación resulte un cambio en las circunstancias o datos que se tuvieron a la vista al tiempo de expedir dicha certificación (cfr. resolución de 20 de diciembre de 2016).

Se plantea la cuestión del modo de efectuar las notificaciones a los colindantes en este tipo de expedientes. A esta cuestión se ha referido ya este Centro Directivo en sus resoluciones de 7 de noviembre de 2017 y 23 de abril de 2018, sentando una doctrina que ahora no cabe sino reiterar. Como han señalado las citadas resoluciones, la remisión a «la forma prevenida en esta Ley» debe entenderse realizada a la prevista en el Título VI de la Ley Hipotecaria en el que se regulan los procedimientos para la concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral, según la redacción dada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. En este sentido, el artículo 199 de la Ley Hipotecaria dispone que «la notificación se hará de forma personal. En el caso de que alguno de los interesados fuera desconocido, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, no fuera efectiva la notificación, se hará mediante edicto insertado en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de utilizar, en todo caso, el sistema de alertas previsto en la regla séptima del artículo 203». Asimismo, la disposición adicional segunda de la Ley 13/2015, de 24 de junio, se refiere a estas formas de notificaciones que han de realizar tanto notarios como registradores, al disponer que «los anuncios y edictos que los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, así como los notarios, deban publicar en el “Boletín Oficial del Estado” con carácter supletorio cuando, en los procedimientos en los que intervengan por razón de su cargo, los interesados sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o, tras dos intentos, hubiera resultado infructuosa la notificación personal, tendrán el tratamiento previsto en la disposición adicional vigésimo primera de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común». De las normas citadas resulta que, siendo conocido el interesado, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar por dos veces la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación.

Resolución de 17-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Rute.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

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.

En relación con la petición que realiza la recurrente en el escrito de recurso para que se tome anotación preventiva por defecto subsanable, ha de recordarse que, no procede practicar anotación por defecto subsanable cuando se halla pendiente de resolución un recurso interpuesto contra la calificación.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral deba articularse bien mediante el nombramiento de un administrador judicial, en los términos previstos en los artículos 790 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien mediante la intervención en el procedimiento de alguno de los interesados en dicha herencia yacente. Esta doctrina se ha matizado en los últimos pronunciamientos en el sentido de considerar que la exigencia del nombramiento del defensor judicial debe limitarse a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente. En el supuesto de este expediente, del testimonio de la sentencia presentado y objeto de calificación resulta que el llamamiento a los desconocidos herederos es genérico y no consta la forma en que se hayan producido las notificaciones a esos herederos indeterminados, ni si se ha llevado a cabo una investigación razonable, sobre la existencia de herederos testamentarios o legales de los titulares registrales de la finca afectada. Por lo tanto, no cabe sino confirmar el defecto observado.

El segundo defecto consignado en la nota de calificación consiste en no haberse acreditado el transcurso de los plazos del recurso de audiencia al rebelde, por lo que la sentencia solo puede ser objeto de anotación preventiva conforme al artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* apartado «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. Procede, por tanto, confirmar el defecto, sin que, como se ha señalado en el anterior fundamento de derecho, pueda ahora valorarse la documentación aportada con el recurso y que no fue considerada por el registrador al emitir su calificación.

Resolución de 17-1-2019

BOE 6-2-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 36.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: CONSENTIMIENTO DEL TITULAR REGISTRAL. EXPROPIACIÓN FORZOSA: IDENTIFICACIÓN DE LA PORCIÓN EXPROPIADA.

Para proceder a la rectificación descriptiva de una finca minorando su cabida es preciso contar con el consentimiento del titular registral, lo cual deriva del principio general de tracto sucesivo (arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria) y del principio de legitimación (art. 38 de la Ley Hipotecaria). En el presente caso, resulta de resolución judicial antes reseñada que «lo que se expropió fueron 450,27 metros cuadrados y no la totalidad de la finca», pronunciamiento judicial que determina que nos encontramos ante una expropiación parcial de finca, vinculando a la administración y al registrador, por lo que a tenor del mismo debe confirmarse la calificación. La identificación de la finca y la individualización de la parte expropiada hace necesaria la descripción por sus linderos, de esa franja de terreno que se va a expropiar; así como la ubicación de la citada franja dentro del terreno sobre la que se practica la segregación; además la identificación de la finca objeto del expediente es necesaria, habida cuenta del principio de folio

real y registral conforme los artículos 8 y 9 de la Ley Hipotecaria y 51 y 98 del Reglamento Hipotecario. Tras la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria exige, además, para los supuestos de expropiación forzosa la aportación de la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.

Resolución de 23-1-2019

BOE 21-2-2019

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PROPIEDAD HORIZONTAL: FORMA DE INSCRIPCIÓN.

El objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho (cfr. arts. 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria). No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte 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).

Con base en el art. 8 LH, en la inscripción del edificio en propiedad horizontal se describirá el mismo y los pisos meramente proyectados, y es en cada uno de los folios registrales que se abra a cada piso o local donde se hará constar un número correlativo y su cuota de participación. Por tanto, habiendo solicitado el interesado certificación literal de la finca matriz 38.017 de propiedad horizontal en el que no tiene que constar la cuota de participación de cada uno de los elementos independientes, fue conforme a derecho la actuación del registrador en relación con la certificación expedida.

Resolución de 23-1-2019

BOE 21-2-2019

Registro de la Propiedad de Villareal, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: DOCUMENTOS QUE EL REGISTRADOR NO PUDO ANALIZAR AL HACER LA CALIFICACIÓN. INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO CONFORME AL ARTÍCULO 205 LH.

El recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Por ello, no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso o en un momento posterior en virtud de la eventual prórroga solicitada, de determinados documentos que no se presentaron en el momento de la calificación impugnada (como sería la certificación catastral histórica solicitada y pendiente de expedición al tiempo de presentar el recurso) sería o no suficiente para la subsanación de los defectos referidos. 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.

La protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito, incluso al no deslindado formalmente (pues el deslinde tiene un valor declarativo y no constitutivo: *vid.* resolución de 23 de enero de 2014, fundamento jurídico 7), pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. La propia Ley 13/2015, además, trata de proporcionar a los registradores los medios técnicos auxiliares que les permitan conocer la ubicación y delimitación del dominio público, incluso no inmatriculado.

En el presente caso no es que se aprecien indicios de colindancia de la finca cuya inmatriculación se pretende con un bien de dominio público, a pesar de no estar inmatriculado, como es la cuenca de un río, integrante del dominio público hidráulico (*vid.* art. 2.b) del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, conforme al cual «constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: (...) b] Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas»), sino que dicha colindancia resulta de forma explícita tanto de la descripción literaria de la finca en el título que se pretende inscribir (se trata de una finca rústica formada por la parcela catastral 426 del polígono 2, que «linda, por Norte, Este y Oeste, con la cuenca del río (...)»), como de la propia certificación catastral incorporada a la escritura. El hecho de que dicha colindancia con el cauce del río lo sea por tres vientos da fundamento suficiente a las dudas del registrador sobre la posible invasión del dominio público, de donde se colige la corrección de su actuación al dar cumplimiento en tales circunstancias a la previsión legal contenida en el párrafo tercero del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Y lo cierto es que no sólo dicha actuación fue correcta, sino que, además, las dudas del registrador fueron confirmadas de forma expresa por la Administración competente mediante la emisión en plazo del informe recabado. De todo lo cual cabe concluir que la actuación y la calificación del registrador fue correcta por ajustada a Derecho, lo que conduce a su confirmación.

Por otra parte, tampoco puede acogerse favorablemente el argumento de la recurrente basado en el hecho de que la parcela está catastrada a su nombre y al de sus hijos, pues, como ya señalara la resolución de este Centro Directivo de 14 de noviembre de 2016 dicha circunstancia no permite eludir el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria si se pretende la inmatriculación de la finca por esta vía. Sin que, finalmente, competa al registrador alterar el procedimiento registral abriendo trámites de traslado de documentación o de alegaciones no previstos legalmente (que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados, lo que, además de no preverse en dicho precepto legal, haría derivar el mismo en una suerte de procedimiento contencioso que desvirtuaría su naturaleza), como pretende la recurrente, quien podrá no obstante ejercitar las acciones que estimen le asistan en defensa de sus derechos frente a la citada Administración por la vía administrativa (incluida la solicitud de la incoación de un expediente de deslinde administrativo) o judicial que legalmente corresponda.

Resolución de 24-1-2019

BOE 21-2-2019

Registro de la Propiedad de Móstoles, número 2.

RECURSO GUBERNATIVO: DOCUMENTOS QUE EL REGISTRADOR NO PUDO ANALIZAR AL HACER LA CALIFICACIÓN. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

En la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador o situaciones de hecho que no resultan acreditadas al registrador en la forma determinada por el ordenamiento y de las que el mismo no puede tomar conocimiento. En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación con documentos o situaciones que no se pusieron a disposición del registrador al tiempo de llevar a cabo su calificación.

El registrador debe adoptar su decisión en función de lo que resulte del Registro aplicando las consecuencias jurídicas que de ello se deriven sin entrar en otras cuestiones que por su naturaleza compete conocer a los tribunales de Justicia en cuyo ámbito, por el procedimiento correspondiente y de acuerdo a las normas que sean de aplicación, deben ser planteadas.

Una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria). Por ello, 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.

Resolución de 24-1-2019

BOE 21-2-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

HIPOTECA: NOVACIÓN MEDIANTE LA ELEVACIÓN A PÚBLICO DEL DOCUMENTO PRIVADO QUE CONTIENE LOS NUEVOS PACTOS.

Como ha recordado recientemente esta Dirección General (*vid.* resolución de 11 de abril de 2016), nuestro Derecho consagra entre sus principios básicos la libertad de contratación tanto en los pactos que puedan celebrar las partes —artículos 1255 y 1257 del Código civil— como en la libertad de forma en que los mismos pueden desenvolverse en el tráfico jurídico.

Afirmado lo anterior, la cuestión se traslada a determinar si es inscribible una escritura pública de modificación de un derecho real inscrito, como es el derecho de hipoteca, en la que las partes se remiten, en cuanto a las concretas cláusulas modificadas, a un documento privado firmado y fechado que a la misma se incorpora. La respuesta solo puede ser afirmativa si del conjunto del documento resultan los requisitos que para la práctica de la inscripción exige el ordenamiento hipotecario (arts. 9 y 144 de la Ley Hipotecaria y 2 y 5 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios). En definitiva,

si del conjunto documental integrado por la escritura pública y los documentos que las partes incorporan a la misma resultan los elementos necesarios para que el registrador practique la inscripción no procede la calificación negativa por el mero hecho de que las partes, al emitir su declaración de voluntad, se remitan al contenido de tales documentos.

Resolución de 25-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 5.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE CONSORCIO CONYUGAL ARAGONÉS: REGLAS PARA LA LIQUIDACIÓN.

Conforme al 326 LH para la resolución del recurso, este Centro Directivo únicamente puede tener en cuenta los documentos presentados en tiempo y forma en el Registro para su calificación, debiendo rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

No puede compartirse el criterio de la registradora por el que considera que no cabe adjudicar todos los bienes consorciales a la viuda en pleno dominio y que no se puede disponer de la totalidad de la posición de uno de los consortes en la sociedad consorcial. La semejanza entre el régimen consorcial aragonés y el de gananciales permite que se tenga en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo según la cual, disuelta la sociedad de gananciales y aun no liquidada surge una comunidad («posmatrimonial» o «posganancial») «sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge superviviente y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el “*totum*” ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad posmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice en una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros». Como consecuencia de ello, cada partícipe no puede disponer por sí solo de un bien concreto ni de una pretendida cuota sobre el mismo, pero sí que puede disponer de la cuota que le corresponde en el total patrimonio posganancial. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los cónyuges o sus respectivos herederos (o el cónyuge viudo y los herederos del premuerto) puedan verificar la partición del remanente contemplado en el artículo 1404 del Código civil y correlativo artículo 267 del citado Código del Derecho Foral de Aragón como tengan por conveniente, con tal de que no se perjudiquen los derechos del tercero (cfr. arts. 1058, 1083 y 1410 CC).

Por las consideraciones expresadas en el anterior fundamento de Derecho, tampoco puede confirmarse la tercera de las objeciones que opone la registradora al entender que los legatarios de derechos en determinados bienes inmuebles consorciales deben recibirlos directamente e intervenir para defender sus derechos en la valoración de los mismos. Deben intervenir en la liquidación del patrimonio consorcial quienes sean partícipes, es decir los cónyuges o sus herederos, y también los legatarios de la participación global del cónyuge causante en el patrimonio común pero no quienes sean meros legatarios de bienes consorciales

concretos, pues estos últimos no son verdaderos partícipes en la comunidad «posconsorcial» y solo tienen derecho a solicitar la entrega del legado.

Por último, el defecto relativo a la cuenta bancaria con cargo a la que se realiza el pago de la compensación al heredero debe ser revocado. Aparte el hecho de que en la escritura se reseña de forma detallada la cuenta de cargo de los cheques de la que es titular la viuda y la cuenta de abono de la que es titular el heredero, cumpliéndose perfectamente la normativa sobre control de los medios de pago, ninguna exigencia cabe añadir respecto del carácter privativo o consorcial del dinero empleado para el pago, pues se trata de un extremo que no es objeto del contenido de la inscripción y, como alega el recurrente, compete a los interesados a quienes se reconocen legalmente acciones para la defensa de la composición real del haber hereditario.

Resolución de 30-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro de la Propiedad de Betanzos.

ANOTACIÓN PREVENTIVA POR DEFECTO SUBSANABLE: CALIFICACIÓN DEL DEFECTO COMO SUBSANABLE O INSUBSANABLE.

La determinación del carácter subsanable o insubsanable de un defecto no es tarea fácil en muchos casos. Por ello, la legislación hipotecaria ha sufrido una evolución que, partiendo de ideas generales, ha llegado a prescindir de tales generalizaciones para examinar, caso por caso, los distintos supuestos. Sin embargo, como pauta, el defecto será subsanable si la realización de los actos posteriores que subsanen la falta permite la retroacción de los efectos a la presentación del documento defectuoso (*vid.*, por todas, la resolución de este Centro Directivo de 24 de octubre de 2001). Y en el presente supuesto, hay que tener en cuenta: a) que, en principio, en caso de duda, los defectos han de considerarse subsanables, pues, si por error un defecto insubsanable se considerara subsanable, en definitiva no podría subsanarse; y b) que en el presente supuesto la subsanación puede darse por el solo hecho de la rectificación o la nueva asignación de la referencia catastral ya asignada a las cuatro fincas anteriormente señaladas o bien mediante una actualización o modificación de la referencia catastral de la finca que se pretende inmatricular, mediante las tramitaciones de los oportunos expedientes. Por todo ello, el criterio del registrador no puede ser mantenido, pues en la calificación impugnada no se justifica el carácter insubsanable del defecto toda vez que se limita a afirmar que existe identidad entre las fincas por el mero hecho de que coincida la referencia catastral indicada. Por tanto, cabe la práctica de la anotación preventiva por defecto subsanable.

Resolución de 30-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro de la Propiedad de Baza.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria regula el procedimiento 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 se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, corresponde al registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas, decidir motivadamente según su prudente criterio. Siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, en el presente caso no resultan explicitadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica, ya que rechaza la inscripción por el único motivo de existir oposición de un colindante. La registradora se limita a poner de manifiesto la oposición formulada, sin ni siquiera recoger el principal motivo de oposición que efectúa el colindante y que consiste en que la representación gráfica alternativa aportada atribuiría a la finca de que es titular una cabida inferior a la que consta en Registro. No resulta aumento de superficie de una finca en detrimento de la otra, y no se sostiene el argumento que expresan las alegaciones del colindante, ya que la representación gráfica catastral colindante arroja una mayor superficie respecto a la finca registral de su titularidad. Debe también ponerse de manifiesto que la alegación formulada no aparece respaldada por un informe técnico o prueba documental que, sin ser por sí misma exigible, sirva de soporte a las alegaciones efectuadas, acreditando la efectiva ubicación y eventual invasión de la finca registral.

Resolución de 30-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

IGLESIA CATÓLICA: INSCRIPCIÓN DE BIENES A FAVOR DE UNA FUNDACIÓN PÍA CATÓLICA.

Conforme al 326 LH no puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, del testimonio de la diligencia de subsanación de la copia autorizada incorporando fotocopia con valor de testimonio de la certificación de defunción, que no se presentó en el momento de la calificación impugnada, es suficiente para la subsanación de los defectos referidos. El recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador. Es preciso recordar que el registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

Hay que comenzar recordando que por lo que se refiere a la capacidad de la Iglesia Católica para adquirir bienes de todas clases, ha de regir lo concordado entre aquella y el Estado (art. 38, párrafo segundo CC). Esta norma presupone

la personalidad jurídica de la Iglesia, como una realidad previa (cfr. también, el art. 16.3 de la Constitución). La expresión «Iglesia Católica», sin más especificaciones, se emplea para referirse compendiosamente a todas las diferentes entidades eclesíásticas, tanto a la Santa Sede, diócesis, parroquias, Conferencia Episcopal Española y circunscripciones territoriales propias de la organización jerárquica de la Iglesia, como a las órdenes, congregaciones, fundaciones, asociaciones y otras entidades nacidas en el seno de la Iglesia Católica, pero que no forman parte de la organización territorial de esta.

Ciertamente, dentro de las entidades religiosas de la Iglesia Católica, las circunscripciones territoriales (tal es el caso de las parroquias y obispados) no están sujetas al trámite de la inscripción en el Registro de Entidades Religiosas. En el caso del presente expediente, el recurrente viene a sostener su tesis impugnativa sobre la idea de que si bien el causante designó en su testamento como heredera universal de todos sus bienes y derechos a la Fundación Beca denominada «María del Carmen Fernández y Fernández», de la Diócesis de Astorga (León), en realidad debe entenderse que el heredero instituido realmente fue la propia Diócesis u Obispado de Astorga. La tesis impugnativa reseñada, sin embargo, no puede ser acogida favorablemente al resultar totalmente contradictoria con los términos de la documentación presentada (testamento y escritura de adjudicación de herencia y entrega de legado).

Afirma el recurrente que en la nota de calificación se incurre en el error de considerar la denominada «Beca de Estudios María del Carmen Fernández y Fernández» como una Fundación Pía Canónica, entendiéndolo que no existe tal. Pero desconoce con ello el recurrente que dicha consideración como Fundación Pía Canónica no resulta sorprendentemente «*ex novo*» de la nota de calificación, sino que esta se basa y toma tal consideración precisamente de la propia documentación presentada, tanto del testamento como de la escritura de adjudicación de herencia y entrega de legado. Por lo demás, su caracterización como Fundación Canónica encaja perfectamente en la regulación que a dichas Instituciones consagra el vigente Código de Derecho Canónico.

Por otra parte, alega el recurrente que entender que aceptar el legado por parte de la Diócesis con la obligación de destinar los bienes a la «Beca María del Carmen Fernández y Fernández», «supone respetar la voluntad del testador, en este caso interpretada a través del albacea testamentario, Don L. P. A., también comparece al otorgamiento de la escritura en calidad de albacea». Pero, ni hay legado alguno en el testamento distinto al ordenado a favor de la Parroquia «Nuestra Señora de Fátima» de Fontey, como se ha dicho, ni la invocación de las facultades interpretativas de la voluntad del causante propias del albacea designado favorece la tesis impugnativa del recurrente, sino que antes bien la contradice.

Tiene razón el recurrente cuando afirma que tratándose de una Fundación canónica, en rigor, no le resulta aplicable la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones (cuyo art. 4 condiciona la atribución de personalidad jurídica a las fundaciones a la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones), pero ello ni alcanza a remover el obstáculo de fondo de la falta de inscripción en el Registro estatal correspondiente (*vid.* art. 1 del Acuerdo Jurídico de la Santa Sede y el Estado), ni hace impertinente en el contexto de la calificación impugnada la cita de la mencionada Ley.

Confirmada la nota de calificación en el extremo relativo a la falta de inscripción registral de la fundación que se adjudica los bienes de la herencia, procede

igualmente confirmar, al ser tributarios del anterior, los defectos relativos a la falta de consignación del CIF y del domicilio de dicha fundación.

Resolución de 31-1-2019
BOE 22-2-2019
Registro de la Propiedad de Ferrol.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: BIENES INSCRITOS A NOMBRE DEL CAUSANTE POR DEUDAS PROPIAS DEL HEREDERO.

Cabe recordar, en primer lugar, que, como tiene reiteradamente declarado esta Dirección General, puede el registrador rechazar la inscripción de un documento judicial sin por ello dejar de observar el deber constitucional de cumplir las resoluciones judiciales, toda vez que dicho mandato debe compaginarse con el principio también constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de interdicción de la indefensión.

Si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien, es, para ello imprescindible la acreditación de tal cualidad de heredero. Tratándose de deudas propias del heredero demandado, el artículo 166.1.ª, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario posibilita que se tome anotación preventiva únicamente en la parte que corresponda el derecho hereditario del deudor, sin que esa anotación preventiva pueda hacerse extensible al derecho hereditario que pueda corresponder a otros posibles herederos. Y, para ello, será imprescindible aportar el título sucesorio correspondiente, exigiendo el citado artículo 166.1.ª, párrafo segundo, expresamente que se hagan «constar las circunstancias del testamento o declaración de herederos y de los certificados del Registro General de Actos de Última Voluntad y de defunción del causante».

Debe tenerse igualmente en cuenta que, a los efectos de su calificación y, en su caso, inscripción en el Registro, los documentos que se aporten (y a salvo las excepciones previstas en la legislación hipotecaria) han de ser públicos (art. 3 de la Ley Hipotecaria), condición que no reúnen (al no cumplir los requisitos exigidos al efecto por el art. 1216 CC) las simples fotocopias, ya lo sean de documentos judiciales o de cualquier otro tipo de documentos (cfr. las resoluciones de 8 de enero de 2002 y 9 de mayo de 2003).

Resolución de 31-1-2019
BOE 22-2-2019
Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, inscrito un título traslativo del dominio no puede inscribirse otro que se le oponga o sea incompatible respecto de la misma finca (cfr. arts. 17 y 20 de la Ley Hipotecaria).

Los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (*vid.* los arts. 38 y 20 de la Ley Hipotecaria) obligan a denegar la práctica de asientos si, cuando se presenta el título en el Registro, la finca aparece inscrita a favor de persona distinta de aquella que otorga el título presentado.

En relación al segundo de los motivos que se alega en el recurso hay que tener en cuenta que la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial; y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 de la Ley Hipotecaria y resolución de 9 de noviembre de 2009). Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 de noviembre de 1992, 10 de septiembre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo y 2 de diciembre de 2011 y 29 de febrero, 17 de septiembre y 3 y 16 de octubre de 2012) 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, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados.

Resolución de 1-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de El Rosario-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

PROCEDIMIENTO DE REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO DEL ARTÍCULO 208 LH: NOTIFICACIONES.

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, del mismo modo que tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso.

Como ya ha indicado este Centro Directivo, en base al artículo 425 RH, la sola presentación de un documento en el Registro implica la petición de la extensión de todos los asientos que en su virtud puedan practicarse, siendo competencia del registrador la determinación de cuáles sean estos, sin que el principio registral de rogación imponga otras exigencias formales añadidas.

Debemos recordar que el sistema hipotecario se apoya, entre otras premisas, en la necesaria continuidad del tracto sucesivo por medio de los asientos del Registro de manera consecutiva, tal y como se recoge en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, produciéndose las nuevas modificaciones de los mismos por la intervención directa o forzosa de los titulares registrales permitiendo o generando nuevos asientos en los libros del Registro, evitando en todo caso, situaciones de indefensión de dichos titulares.

Es el nuevo artículo 208 de la Ley Hipotecaria el que, *ex novo*, regula el procedimiento de reanudación del tracto. El expediente de reanudación del tracto, por su carácter excepcional, confiere al registrador facultades de calificación en la averiguación de la verdadera interrupción del tracto. En relación con lo anterior, resulta esencial, como elemento básico de seguridad jurídica en la tramitación

del expediente de reanudación del tracto sucesivo interrumpido, la citación al titular registral o a sus herederos.

Debe entenderse que cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga menos de treinta años de antigüedad, debe realizarse una citación personal al titular registral o a sus herederos. Pero cuando la última inscripción de dominio o del derecho real cuyo tracto se pretenda reanudar tenga más de treinta años, la citación al titular registral debe ser nominal, pudiendo practicarse, no obstante, por edictos, y respecto de sus herederos la citación, que también pueden ser citados por edictos, solo hace falta que sea nominal cuando conste su identidad en la documentación aportada. La flexibilización de la interpretación de las reglas del expediente de reanudación del tracto sucesivo contenida en el nuevo artículo 208 de la Ley Hipotecaria, redactado por la Ley 13/2015, de 24 de mayo, postulada por la doctrina reseñada de este Centro Directivo, no llega al extremo pretendido por el recurrente de permitir incluso la omisión de toda notificación, personal o edictal, nominal o genérica, a los herederos del titular registral vigente al tiempo de tramitarse el expediente, incluso siendo aquellos desconocidos.

Según la doctrina antes reseñada de esta Dirección General, el hecho de que se exija la citación personal para el caso de que la última inscripción de dominio tenga menos de treinta años no supone que, en el caso de tener más de treinta años resulte posible obviar tal citación, sino que en tales casos no será necesario que se realice de forma personal, pudiendo, por tanto, realizarse de forma edictal, y en caso de ser desconocidos los herederos, no se precisara que dicha notificación edictal se realice con carácter nominal, siendo posible hacerla de forma genérica, conforme a la doctrina antes reseñada de este Centro Directivo.

En cuanto al defecto relativo a la forma de las notificaciones realizadas a los colindantes catastrales. De las normas citadas resulta que, siendo conocido el interesado, previamente a la notificación edictal, es preceptivo intentar por dos veces la notificación personal, salvo que nos encontremos ante un caso en el que se ignore el lugar de la notificación. Y estas reglas sobre el segundo intento de notificación y posterior notificación edictal no se han respetado en el presente caso.

Ahora bien, lo que sucede es que a pesar de que el artículo 208, en la norma tercera de su regla segunda, prescribe que «junto a los interesados referidos en la regla quinta del apartado 1 del artículo 203, deberá ser citado en todo caso quien aparezca, según la última inscripción vigente, como titular del dominio o derecho real cuyo tracto interrumpido se pretende reanudar o, si consta fallecimiento de este, sus herederos, debiendo acreditar el promotor tal extremo y la condición e identidad de estos», y que la citada regla quinta del apartado 1 del artículo 203, al regular el expediente de inmatriculación de fincas, incluye entre los destinatarios de las notificaciones que el mismo prevé a «los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas», lo cierto es que, como ha señalado la doctrina, aquella remisión genérica no puede entenderse extensiva a estos últimos colindantes registrales y catastrales en el ámbito propio de los expedientes de reanudación del tracto sucesivo, por cuanto tales colindantes no entran en el concepto de «interesados» en estos expedientes de reanudación. Es cierto que en la tramitación notarial del expediente de reanudación objeto de la calificación recurrida se realizaron notificaciones (infructuosas en algunos casos como se ha señalado) a los colindantes catastrales, con el detalle que resulta de los antecedentes de hecho de la presente, de donde pudiera colegirse que el promotor recurrente

entendía necesarias tales notificaciones para el buen fin del expediente de reanudación del tracto. Pero ello no se compadece con la regulación antes examinada de estos expedientes.

Resolución de 6-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de Alcalá de Guadaíra, número 2.

CANCELACIÓN DE HIPOTECAS Y CONDICIONES RESOLUTORIAS: CONTRAPOSICIÓN DE LOS ARTÍCULOS 82 Y 210 LH.

La norma sobre cancelación de condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado de compraventas y de hipotecas en garantía de cualquier clase de obligación (ambos supuestos regulados en el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria) es de estricta y restringida interpretación según este Centro Directivo (cfr. resolución de 25 de marzo de 2014), pues se trata de una norma excepcional.

El nuevo artículo 210 LH convive con la ya citada del artículo 82, párrafo quinto, pero, pese a tener una redacción ligeramente parecida, tiene un enfoque distinto, no es tan restrictiva como ella, e introduce algunas importantes novedades que no estaban contempladas en la del artículo 82. En efecto, mientras que el artículo 82, párrafo quinto, limita la legitimación para pedir la cancelación al «titular registral de cualquier derecho sobre la finca afectada», el nuevo artículo 210 la extiende a «cualquier interesado». El artículo 210 de la Ley Hipotecaria no se fundamenta directamente en la institución de la prescripción de las acciones, sino que fija unos plazos propios, cuyo cómputo es estrictamente registral. Además el artículo 82, párrafo quinto, se aplica exclusivamente a hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado (cfr. resolución de 25 de marzo de 2014), mientras que el artículo 210, regla octava, tiene un ámbito mayor al referirse a hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales. El artículo 82 presupone que el plazo de cumplimiento conste en el Registro pues aquel precepto dispone: «(...) contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro (...)», mientras que el artículo 210, regla octava, presupone que no conste.

Limitados a lo que constituye la calificación impugnada, no es aplicable en el caso de este expediente el artículo 210.1, regla octava, de la Ley Hipotecaria por cuanto este precepto está previsto para aquellos supuestos en los que no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, mientras que en el presente caso figuran las fechas de vencimiento de las letras de cambio garantizadas, siendo el último vencimiento el día dieciséis de agosto de mil novecientos noventa y siete. Y, aun en el caso hipotético de que no constaran dichas fechas y fuera aplicable esta norma, no ampararía tampoco la solicitud del ahora recurrente, toda vez que, al no tener extendida nota marginal acreditativa de haberse ejecutado la hipoteca, el plazo de caducidad sería el de cuarenta años desde su fecha, y este aún no habría transcurrido.

Resolución de 6-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de Ayamonte.

SENTENCIA DICTADA EN PROCEDIMIENTO ORDINARIO: ES NECESARIO ESPECIFICAR LOS ASIENTOS QUE DEBEN CANCELARSE. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE DIRIGIR EL PROCEDIMIENTO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL. SENTENCIA DICTADA EN REBELDÍA: REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN.

Una de las modificaciones llevadas a cabo por la Ley 24/2005, de 18 de noviembre —en concreto su artículo 31.5—, consistió en modificar el artículo 327 LH para volver a la primigenia y actual redacción, de modo que el registrador solo debe y puede trasladar el recurso del interesado al notario, autoridad judicial o funcionario que expidió el título si no fueran estos quienes hubiesen recurrido. Debe recordarse el carácter imperativo de la regulación legal del recurso contra la calificación registral («*ius cogens*»), a cuyo contenido ha de ceñirse el registrador en su tramitación.

Tratándose de inscripción de documentos judiciales y más concretamente de sentencias declarativas o constitutivas que afectan a derechos inscritos, debe especificarse qué asientos deben ser objeto de cancelación. Si indiscutible es el deber de los registradores de cumplir las resoluciones judiciales firmes, también lo es su deber y potestad calificadora de verificar que todos los documentos inscribibles cumplen las exigencias del sistema registral español, entre las que está la debida determinación del asiento, en nuestro caso a cancelar.

El segundo de los obstáculos para la inscripción del título presentado que el registrador ha apreciado en su calificación consiste en la existencia de titulares de derechos inscritos o anotados sobre las fincas afectadas que no han sido parte en el procedimiento en el que se ha dictado la sentencia calificada. Los efectos derivados de los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo, en los términos antes expuestos, conducen a la confirmación de este defecto. Como se deduce del artículo 222.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los efectos de una sentencia solo alcanzan a las partes del proceso en que se haya dictado y a sus herederos y causahabientes. Los adquirentes que han inscrito su titularidad en el Registro solo se verán afectados por la resolución judicial si han sido oportunamente demandados en el procedimiento o si la demanda había sido objeto de anotación preventiva en el Registro antes de que inscribieran su respectivo derecho.

El último defecto impugnado consiste en no haberse acreditado el transcurso de los plazos del recurso de audiencia al rebelde, por lo que, a juicio del registrador, la sentencia solo puede ser objeto de anotación preventiva conforme al artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* apartado «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. Procede, por tanto, confirmar el defecto impugnado.

Resolución de 6-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de L'Hospitalet de Llobregat, número 6.

CALIFICACIÓN DE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS: VENTA DE FINCA POR EL INVIED.

De entre los diferentes Estatutos del INVIED aprobados por las disposiciones mencionadas deberemos tomar en consideración los resultantes del Real Decreto 1286/2010, de 15 de octubre, por ser el vigente a la fecha de la enajenación debatida. Determinado así el marco normativo aplicable a las actuaciones del citado Organismo Autónomo, y en particular su inclusión en el ámbito del régimen jurídico del Sector Público (*vid.* art. 2.2.a) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público), y su sujeción a la legislación de patrimonio, de contratación y de procedimiento administrativo, estamos ya en condiciones de abordar el fondo de la cuestión.

Hay que recordar a este respecto la doctrina, en la actualidad plenamente consolidada en materia de contratos de los entes públicos, de los llamados actos separables. Según esta doctrina en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar la jurisdicción contencioso-administrativa.

Trasladada esa distinción al ámbito de la función calificadora de los registradores de la propiedad puede sostenerse que el primero de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan solo los particulares; en tanto que el segundo, el aspecto netamente administrativo del contrato, debe ser calificado dentro de los límites que impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario. Esta doctrina debe ponerse en relación con el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que solo admite la nulidad de aquel acto producido en el seno de un procedimiento administrativo en el que la Administración Pública haya prescindido «total y absolutamente» del procedimiento legalmente establecido. Se requiere, pues, que la omisión del procedimiento legalmente establecido o de un trámite esencial sea ostensible. En este sentido, como ha declarado este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 5 de noviembre de 2007, 8 de marzo y 28 de abril de 2012 y 11 de abril de 2018), compete al registrador analizar si el procedimiento seguido por la Administración es el legalmente establecido para el supuesto de que se trate, salvo que la Administración pueda optar, porque legalmente así esté previsto, entre distintos procedimientos, en caso en que la elección de uno u otro es cuestión de oportunidad o conveniencia que el registrador no puede revisar. Como hemos visto, en el presente caso el registrador cuestiona tanto la competencia del órgano como la idoneidad de los trámites esenciales del procedimiento seguido.

Conforme al Título III del Real Decreto 1286/2010, de 15 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto del INVIED y a la remisión a la Ley 33/2003, podemos convenir en que en el presente caso al concurrir la causa habilitante prevista en la

letra a) del artículo 137.4 de la Ley 33/2003 no existe «*ab initio*» objeción sustantiva a la admisibilidad del procedimiento de enajenación directa, siempre que se cumplan sus requisitos y trámites esenciales. Este es precisamente el enfoque a que responde la calificación desfavorable del registrador; que no objeta tanto (sin perjuicio de lo que luego se dirá) el procedimiento de enajenación directa (frente a la regla general o «procedimiento habitual» de la subasta *ex* artículo 71.5 de la Ley 50/1998), cuanto la vulneración de la regla de competencia y de varios de sus trámites esenciales.

Hay que tener en cuenta que en concreto respecto del INVIED ha de aplicarse como norma prevalente por su carácter especial (específica para dicho Organismo autónomo), la contenida en el ya citado artículo 71.5 de la Ley 50/1998, que si bien autoriza, frente a la regla general de la subasta, la posible enajenación directa de los bienes inmuebles del INVIED, sin embargo impone la limitación de atribuir en tales casos la competencia resolutoria al Ministro de Defensa, sin perjuicio de que pueda delegar dicha competencia en el Consejo Rector o en el Presidente del Organismo autónomo. Pues bien, en el presente caso, no consta ni la delegación de la competencia a favor del Director Gerente u otro órgano de dirección del INVIED (*vid.* art. 9 de la Ley 40/2015), ni la aprobación de la enajenación directa por parte del Ministro/a de Defensa.

La misma suerte desestimatoria debe correr el recurso en cuanto a la impugnación del defecto relativo a la vulneración de trámites esenciales del procedimiento. En concreto, las disposiciones vulneradas en cuanto a trámites esenciales del procedimiento señaladas en la calificación recurrida son las siguientes. Por un lado, el artículo 32 del Real Decreto 1286/2010, establece, en su apartado 6, entre las disposiciones generales para la enajenación de bienes inmuebles, la exigencia de que antes de proceder a la enajenación se ha de efectuar la tasación pericial, bien por los servicios técnicos del Instituto o, con carácter excepcional, por servicios externos de tasación. En segundo lugar, el mismo artículo 38 del citado Real Decreto prevé en su apartado 8 que «la Intervención General de la Administración del Estado emitirá informe previo en los procedimientos de enajenación directa y permuta de bienes o derechos cuyo valor supere 1.000.000 de euros (...) Este informe examinará especialmente las implicaciones presupuestarias y económico-financieras de la operación». En tercer lugar, el artículo 91 del Reglamento General de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, dispone que «en el acuerdo de incoación del procedimiento, señalado en el artículo 138 de la Ley, se determinará de forma motivada el modo de venta seleccionado».

La conclusión anterior no puede ser desvirtuada por las alegaciones de contrario de la entidad recurrente. En lo esencial la tesis impugnativa se basa en la idea de que la compraventa ahora debatida se encuadra y ampara directamente, como acto de ejecución del mismo, en el Convenio entre la Gerencia de Infraestructuras y Equipamiento de la Defensa y el Consorcio el 23 de octubre de 2010. Pero esta tesis no puede prosperar.

Resolución de 7-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de Eivissa, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 203 LH: REQUISITOS.

La regla quinta del artículo 203.1 distingue entre la notificación del procedimiento al Ayuntamiento (en el presente caso, Consell de Formentera) de la publicación

en el tablón de anuncios con carácter potestativo. Del documento incorporado en el acta calificada y que el notario recurrente estima suficiente para entender cumplido lo previsto en la Ley, resulta que no se cumple ni el objeto ni la finalidad de la notificación. Y ello porque se trata de un «edicto», tal y como reza su encabezado, que se dirige genéricamente a interesados, realizándose la comunicación al efecto de que sea publicada en el tablón de anuncios del Ayuntamiento y sin que tenga por objeto poner en conocimiento del Ayuntamiento el procedimiento correspondiente, circunstancia esta que no resulta de la comunicación efectuada.

Por otra parte, en cuanto a la protección registral del dominio público, esta Dirección General en las resoluciones ha reiterado desde las de 15 de marzo y 12 de abril de 2016, que esta protección que la ley otorga al mismo no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción. Es por ello que en procedimientos que conllevan la rectificación descriptiva de fincas como el que es objeto del presente recurso, reviste una especial importancia que resulte acreditada la intervención prevista en el mismo de la Administración, a través de la notificación contemplada en la Ley que le permita el efectivo conocimiento de dicho procedimiento y, en su caso, formular las oportunas alegaciones cuando la tutela del dominio público así lo requiera.

Resolución de 8-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de La Carolina.

REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ACTUACIÓN DEL APODERADO CON PODER REVOCADO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: MEDIOS.

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, otorgada el día 12 de junio de 2018, don R. C. L., en nombre y representación de don M. M. L. y doña A. N. T., en virtud de poder conferido a su favor mediante escritura otorgada el 4 de junio de 2018, vendió al ahora recurrente la finca registral número 22.073 del término de Bailén. Copia autorizada de dicha escritura fue presentada en el Registro de la Propiedad el 19 de septiembre de 2018. El día 25 de septiembre de 2018 tuvo entrada en dicho Registro comunicación suscrita por don M. M. L. y doña A. N. T. en la que se indica que el citado poder había sido revocado por medio de escritura otorgada el día 6 de junio de 2018, de la que se acompaña copia autorizada en la que consta diligencia por la que expresa que el día siguiente a su otorgamiento la notaria autorizante notificó en la forma prevista en el artículo 202 del Reglamento Notarial tal revocación mediante entrega de cédula de notificación a la persona encontrada en el lugar designado, por no hallarse presente el requerido.

Respecto del principio de prioridad al que se refiere el recurrente, debe tenerse en cuenta que la escritura de revocación de un poder no es ningún título «por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real», por lo que no le resulta aplicable la literalidad del artículo 17 de la Ley Hipotecaria, como tampoco, y por la misma razón, le resulta aplicable el artículo 32 de la misma ley también invocado por el recurrente relativo a que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Por otra parte, y precisamente porque la escritura de revocación del poder no es uno de esos títulos inscribibles a los que se refieren los citados preceptos de la Ley Hipotecaria, tampoco se contempla en esta legislación el acceso de dicha revocación al Registro de la Propiedad (a diferencia de lo acontece en un registro de personas como es el Registro Mercantil —*vid.* arts. 22 del Código de Comercio y 87.2.º y 94.5.º del Reglamento del Registro Mercantil—). Y este Centro Directivo ha advertido reiteradamente (*vid.*, por todas las resoluciones de 13 de noviembre de 2001 y 5 de marzo de 2005) del limitado alcance que ha de darse a los documentos presentados en los Registros al objeto no de obtener o lograr la práctica de un asiento, sino con el fin de advertir, ilustrar o incluso condicionar la calificación de otro.

Si hubo, no obstante, una revocación previa del poder formalizada y notificada mediante escritura pública, es preciso analizar su eventual incidencia en la calificación registral de la eficacia del negocio de compraventa formalizado mediante el poder. Porque esa escritura de revocación no presupone necesariamente que el negocio representativo sea ineficaz, si se tiene en cuenta que lo hecho por el mandatario ignorando las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe (según el art. 1738 CC). Esa buena fe cognoscitiva del apoderado cuyo título representativo ha sido revocado, referida en cada caso al momento de su respectivo ejercicio (y nunca, desde luego, a otro posterior, como el del acceso al Registro del título otorgado o de otras pruebas o certificados contradictorios, pues «*mala fides superveniens non nocet*»), podrá ser cuestionable ante los Tribunales, pero debe presumirse notarialmente y en la calificación registral. Este Centro Directivo no desconoce la posibilidad de que, eventual o hipotéticamente, pudieran existir en el presente caso especiales circunstancias que desembocaran en una decisión de los Tribunales de Justicia que privara de valor al acto transmisivo. Pero eso sucedería y desplegaría sus efectos en otro ámbito —el judicial—, al margen de la actuación registral, que se desarrolla con parámetros distintos a los propios de un procedimiento contradictorio ante los Tribunales.

En la sentencia número 468/2018, de 19 de julio de 2018, el Tribunal Supremo afirma que «esta Sala ha reiterado que la aplicación del artículo 1738 del Código civil requiere dos presupuestos: que el tercero con el que contrata el representante haya actuado de buena fe, o sea, que desconociera la anterior extinción del mandato; y que dicho representante, en el momento de hacer uso del poder, ignorara la concurrencia de cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato (sentencias 984/2008, de 24 de octubre, 98/2014, de 13 de febrero Rc. 200/2012, 4/2015, de 22 de enero)». Sin duda, en el presente supuesto las circunstancias concurrentes hacen altamente probable que el apoderado conociera la revocación, al haberse entregado la cédula de notificación en su domicilio, y a su madre, con cinco días de antelación. Pero esa elevada probabilidad no equivale a una certeza absoluta. Ciertamente, el artículo 202 del Reglamento Notarial da por válidamente realizada la notificación. Pero hay una diferencia importante con el presente caso, por cuanto aquí los efectos de la notificación no se despliegan en perjuicio del propio apoderado, sino de un tercero. Porque, en la interpretación y aplicación del artículo 1738 del Código civil, no parece razonable entender que el conocimiento por el apoderado de la revocación, que literalmente exige dicho artículo como fundamento de la eficacia de la misma en perjuicio del tercero de buena fe, pueda equipararse a la omisión de la diligencia exigible en general al notificado para conocer la notificación practicada. Más bien, parece que debe interpretarse que sea la buena fe subjetiva, es decir el hecho de que efectivamente el apoderado conociera la revocación, lo que determine la ineficacia del poder y

por tanto la nulidad del contrato formalizado en uso del mismo. De este modo, la prueba del efectivo conocimiento de la revocación por el apoderado necesariamente constituye una materia reservada a la apreciación por los tribunales en el seno del correspondiente procedimiento contradictorio y en el que se puedan valorar todos los medios de prueba disponibles.

Con esta solución se atiende adecuadamente a los distintos intereses en juego, pues el ámbito registral y notarial no es el apto para decidir que en un caso como el presente deba prevalecer la buena fe del poderdante (quien, por el mero hecho del apoderamiento asume un riesgo, que debe asumir, derivado de la confianza en el apoderado, y aun cuando mediante la notificación notarial acredite haber empleado la diligencia debida), sobre la buena fe del comprador e, incluso, sobre la del apoderado, que en dicho ámbito debe presumirse como ha quedado expuesto.

Resolución de 8-2-2019

BOE 7-3-2019

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners.

TITULARIDAD REGISTRAL SUJETA A CONDICIÓN: EJERCICIO DE LA CONDICIÓN.

En el presente caso, el titular registral de la finca es una sociedad mercantil que adquirió e inscribió su derecho con posterioridad a la inscripción de la condición, y no consta que haya intervenido en el procedimiento que dio lugar a la sentencia que ordena la resolución del negocio en cuestión, ni tampoco constaba anotada la demanda de su ejercicio al tiempo de la aparición de dicho titular registral, por lo que el mandato imperativo del artículo 24 de nuestra Carta Magna, concretado entre otros en los artículos 20, 37, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria impide la cancelación o modificación de los asientos de dichos titulares posteriores sin su consentimiento expreso o tácito, voluntario o forzoso. Para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento, lo que en este caso no se ha efectuado.

Ciertamente, la existencia de titularidades posteriores sobre la finca no constituye, en sentido técnico procesal, una situación de litisconsorcio pasivo necesario (*vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 1996). Pero, como ha señalado la doctrina más autorizada, estos terceros, por ser afectados de forma refleja o mediata, deben tener la posibilidad de intervenir en el proceso (intervención adhesiva y voluntaria), para lo que es necesario que, al menos, se les haya notificado la existencia del procedimiento cuando, con carácter previo a la inscripción o anotación de su derecho, no se hubiere dado publicidad a la pendencia del procedimiento mediante la oportuna anotación preventiva de la demanda (cfr. art. 42, número 1, de la Ley Hipotecaria).

Una cosa es dar publicidad a la condición, y otra al desenvolvimiento de la misma mediante la oportuna demanda judicial, momento en el que se pone en juego un nuevo derecho, el de tutela judicial efectiva, que no resulta suficientemente protegido mediante la simple constancia registral de la condición.

Resolución de 13-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Albacete, número 1.

SEGREGACIÓN EN FINCA RÚSTICA: REQUISITOS URBANÍSTICOS Y DE LA LEGISLACIÓN DE UNIDADES MÍNIMAS.

Este Centro Directivo, interpretando dicha corriente jurisprudencial (*vid.* resoluciones de 27 de enero y 23 de julio de 2012), ha abordado el problema de derecho intertemporal planteado por la presentación en el Registro en la actualidad de una división o segregación realizada durante la vigencia de la regulación anterior, como sucede en el supuesto de hecho de este recurso, entendiendo que debe resolverse en el sentido de que la segregación es un acto jurídico cuya inscripción queda sujeta a los requisitos impuestos por las normas de carácter registral vigentes en el momento de presentar la escritura o la sentencia en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior —cfr. disposición transitoria cuarta del Código civil—.

Esta Dirección General en su resolución de 17 de octubre de 2014 (a la que se refiere la recurrente en su escrito de impugnación) reconoció la analogía en la admisión de la vía de la prescripción acreditada para inscribir no solo edificaciones, sino también divisiones o segregaciones antiguas, aplicable también en cuanto a las cautelas y actuaciones que de oficio ha de tomar el registrador, con carácter previo y posterior a la práctica del asiento. Por ello, a falta de una norma que declare expresamente la nulidad radical del acto jurídico de segregación sin licencia —cfr. sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla de 26 de enero de 2006— o un pronunciamiento judicial en tal sentido —*vid.* sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2010—, este tratamiento registral es compatible con la eficacia civil y situación consolidada del acto jurídico, en principio, desde el punto de vista urbanístico, por razón de su antigüedad.

En el caso particular de este expediente, a la vista de la doctrina expuesta, no cabe sino confirmar el defecto mantenido por la registradora en cuanto a la exigencia de licencia, declaración de innecesariedad o al menos una declaración de la Administración competente acerca de la efectiva prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística infringida, de modo que las alegaciones del recurrente sobre la situación consolidada por antigüedad y, por tanto, caducidad de la potestad de restablecimiento de la legalidad urbanística infringida, respecto de la segregación que se pretende inscribir, deben plantearse en el ámbito del procedimiento administrativo y ante el órgano municipal competente.

Por último, dada la naturaleza rústica de la finca, mientras no resulte acreditada su clasificación urbanística de urbana por certificación municipal, y resultando de la segregación documentada parcelas inferiores a la unidad mínima de cultivo en la zona, la actuación registral deberá ser, en su caso, la de iniciar el procedimiento previsto en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio.

Resolución de 13-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 18.

HERENCIA A FAVOR DEL ESTADO: ALCANCE DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. HERENCIA: FORMA DE ACREDITAR EL FALLECIMIENTO DE PERSONAS QUE PUDIERAN SER LLAMADAS A LA SUCESIÓN.

El registrador al llevar a cabo el ejercicio de su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, dado que debe prevalecer la mayor garantía de acierto en la aplicación del principio de legalidad por razones de seguridad jurídica.

En segundo lugar, en relación con el ámbito de las facultades del registrador para calificar la declaración de herederos abintestato a favor de la Administración General del Estado, cuestionadas por el recurrente, hay que recordar conforme a reiteradísima doctrina de este Centro Directivo que el registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial (y lo mismo ha de afirmarse en el caso de la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado por identidad de razón) y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada. Cuando el ejercicio de las potestades administrativas haya de traducirse en una modificación del contenido de los asientos del Registro de la Propiedad, se ha de sujetar, además de a la propia legislación administrativa aplicable, a la legislación hipotecaria, que impone el filtro de la calificación en los términos previstos por los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 99 de su Reglamento.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada en el presente recurso, versa precisamente sobre la acreditación de este último extremo, esto es, la ausencia de parientes con derecho a heredar abintestato al causante y titular registral. Como hemos visto, la resolución administrativa calificada afirma que a la vista del expediente «cabe razonablemente entender que no existen personas con derecho a suceder al causante a título abintestato».

La posibilidad de declarar heredero abintestato al Estado mediante un procedimiento administrativo fue una novedad introducida por la disposición final duodécima de la citada Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Peculiaridad que tras la reforma introducida por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria queda matizada a la vista de la redacción actual del apartado 1 del artículo 20 ter de la Ley 33/2003, conforme al cual «realizada la declaración administrativa de heredero abintestato, que supondrá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, se podrá proceder a tomar posesión de los bienes y derechos del causante y, en su caso, a recabar de la autoridad judicial la entrega de los que se encuentre bajo su custodia». Otra especialidad de estos casos, junto con las que derivan de la propia tramitación administrativa (informes de la Abogacía del Estado, publicaciones oficiales, régimen de recursos administrativos, etc.), es la que deriva de dotar a la correspondiente resolución administrativa de la aptitud de título inscribible y, en su caso, inmatriculador.

Ahora bien, en lo que no hay especialidad ni novedad alguna es en la exigencia de la concurrencia, como presupuesto previo necesario para la declaración a

favor del Estado, de la condición negativa de la inexistencia de otras personas con derecho a heredar abintestato, hecho que ha de quedar acreditado plenamente. Como es sabido, la declaración de herederos a favor de una persona debe venir referida al momento del fallecimiento del causante, en cuanto que tal declaración constituye la determinación o concreción de un llamamiento sucesorio referido a tal momento preciso (cfr. resoluciones de 17 de julio de 2006 y 27 de febrero de 2013), razón por la cual estas resoluciones declararon que es perfectamente posible declarar heredero a una persona fallecida. Por tanto, en un caso como el presente en que está acreditada la existencia de varias personas (madre y tres tíos del causante) que pudieran tener la condición de herederos abintestato, la declaración a favor del Estado requiere la prueba cumplida de que tales personas fallecieron antes que el propio causante, prueba que en el presente caso no se ha obtenido en la forma y con la certeza requeridas.

Respecto de los hechos que afectan al estado civil sujeto a inscripción obligatoria en el Registro Civil, como es el caso de la defunción (cfr. art. 84 de la Ley del Registro Civil de 1957, y 62.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio) rige una restricción probatoria que resulta del artículo 2 de aquella ley (y correlativos arts. 2.2 y 17.1 y 2 de la Ley 2011). En relación a la eficacia del Registro Civil, el artículo 2 de la Ley del Registro Civil determina que el Registro constituye la prueba de los hechos inscritos y solo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar el asiento se admitirán otros medios de prueba, pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento. En base a esta doctrina este Centro Directivo, en las resoluciones de reciente cita, ha afirmado que cuando se trata de acreditar a los efectos de la autorización de un acta de declaración de herederos abintestato la defunción de una persona, si dicha defunción ha sido inscrita en el Registro Civil deberá probarse inexcusablemente por medio de la certificación registral, y si no se ha inscrito, deberá instarse la inscripción omitida previa o simultáneamente a la admisión de pruebas extrarregistrales, lo que no consta en modo alguno que se haya realizado en el presente caso.

Doctrina que sentada en relación con las actas notariales de declaración de herederos abintestato conforme al artículo 209 bis del Reglamento Notarial, mantiene su vigencia tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, tanto en la Ley del Notariado (cfr. arts. 55 y 56), como en la Ley 33/2003, de 22 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (cfr. arts. 20.6, 20 bis y 20 ter), y que resulta plenamente extrapolable a las declaraciones administrativas de heredero abintestato a favor del Estado por identidad de razón.

Resolución de 13-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Granada, número 1.

ENTIDADES LOCALES: EJERCICIO DE OPCIÓN DE COMPRA CONCEDIDA POR UN AYUNTAMIENTO.

Ciertamente, la calificación ha de ser unitaria y global (art. 258.5 de la Ley Hipotecaria), por lo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y

a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Pero, por una parte, también tiene declarado este Centro Directivo que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente. La realización de una nueva calificación, aun bajo el mismo asiento de presentación, está plenamente justificada cuando se aportan nuevos documentos complementarios (como lo han sido la escritura de aclaración de 24 de mayo de 2018 y la diligencia complementaria a esta última) que suponen, por tanto, alteración del contenido documental que se tuvo a la vista al realizar las sucesivas calificaciones, tal y como ha quedado expuesto en el fundamento primero de esta resolución.

En cuanto a la alegación de que en el informe del registrador no pueden añadirse nuevos defectos, es cierto que, conforme a la doctrina de esta Dirección General, el informe es un trámite en el que el registrador puede profundizar sobre los argumentos utilizados para determinar los defectos señalados en su nota de calificación, pero en el que en ningún caso se pueden añadir nuevos defectos. Ahora bien, en el presente caso no cabe invocar dicha doctrina en beneficio de la tesis de los recurrentes, pues en el informe de 28 de noviembre de 2018 emitido por la registradora que suscribe la calificación impugnada, no se añade defecto alguno.

En la actualidad plenamente consolidada en materia de contratos de los entes públicos, de los llamados actos separables, inicialmente propugnada en sede doctrinal, acogida posteriormente por la jurisprudencia y consolidada hoy día a nivel normativo (*vid.* arts. 21 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y actualmente 27 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 2.b) de la Ley 29/1998, de 13 julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y 110 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas). Según esta doctrina en los contratos privados de los entes públicos se han de distinguir dos aspectos: por un lado, el relativo a los efectos y extinción del contrato, que quedan sujetos a las normas de Derecho privado y cuyo conocimiento es competencia de la jurisdicción ordinaria; y por otro, la fase de preparación y adjudicación del contrato, la que hace referencia a la formación de la voluntad contractual del ente público y la atribución de su representación, que se rige por la normativa especial y cuya infracción corresponde revisar a la jurisdicción contencioso-administrativa (*vid.* resoluciones de 27 de marzo de 1999 y 11 de julio de 2014). Trasladada esa distinción al ámbito de la función calificador de los registradores de la propiedad puede sostenerse que el primero de los aspectos, el netamente contractual, queda sujeto a la regla general sobre calificación del artículo 18 de la Ley Hipotecaria, sin ninguna distinción en cuanto a aquellos en que sean parte tan solo los particulares; en tanto que el segundo, el aspecto netamente administrativo del contrato, debe ser calificado dentro de los límites que impone el artículo 99 del Reglamento Hipotecario.

Dado que el único fundamento legal del recurso se apoya en negar, en contradicción de nuestro ordenamiento jurídico, la competencia del registrador para calificar la documentación que pretende inscribirse, en los términos expuestos, desvirtuado este argumento y a falta de otros contra el fondo de la calificación, ello sería suficiente para desestimar el recurso interpuesto.

En relación con el derecho de opción, la necesaria existencia del plazo halla su fundamento en las exigencias estructurales de configuración de los derechos

reales, como ha quedado antes expuesto. Todas esas razones que, encaminadas a favorecer el tráfico jurídico, proscriben el acceso al Registro de gravámenes indefinidos justifican la existencia de un plazo cuyo límite máximo el legislador ha considerado conveniente fijar, para su acceso registral, y que condiciona su efectividad a su ejercicio tempestivo, pues se trata de un plazo de caducidad, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia.

En cuanto a la necesidad de identificar el medio a través del que se notifica la decisión del ejercicio del derecho de opción, deriva del carácter de declaración unilateral recepticia que unánimemente atribuye nuestra jurisprudencia al acto de ejercicio del derecho de opción, como recordó la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de septiembre de 2010. Procede en consecuencia confirmar la calificación en cuanto pone de manifiesto la necesidad de acreditar que la declaración de voluntad de la entidad titular del derecho de opción se emitió por persona legitimada dentro del plazo de caducidad pactado en el título de su constitución, y que dicha declaración se notificó al Ayuntamiento de Granada dentro del mismo plazo, condición necesaria para evitar su extinción por caducidad, según resulta de la consolidada jurisprudencia que acaba de exponerse.

Finalmente, en cuanto al segundo de los defectos a que se refiere el escrito del recurso, en la escritura presentada se testimonia el contrato de arrendamiento con opción de compra del bien patrimonial de titularidad municipal, de fecha 2 de octubre de 2013, y el pliego de cláusulas administrativas particulares por el que se rige, pero se omite testimoniar también los anexos de dicho pliego, a los que de forma reiterada se remite el pliego para fijar y concretar el contenido de sus estipulaciones (v.gr. cláusula quinta en cuanto a la fijación del precio de adjudicación; cláusula sexta sobre criterios de adjudicación; cláusula octava sobre órgano de contratación competente; cláusula décima sobre garantías; etc.), estipulaciones que, con arreglo al antes citado principio de autonomía de la voluntad, delimitan el contenido del derecho de opción y, por tanto, de la propia compraventa. Este carácter de ley del contrato *inter partes* del pliego de las cláusulas administrativas, al que se sujetan las partes para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, justifica que su contenido deba incorporarse a la escritura que documenta el contrato, como exige expresamente el artículo 71 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concordancia con el artículo 35.2 de la citada Ley 9/2017, y confirma la jurisprudencia reseñada, lo que lleva a confirmar también este extremo de la calificación recurrida.

Resolución 14-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 25.

HERENCIA: NECESARIA INTERVENCIÓN DE LOS LEGITIMARIOS EN LA PARTICIÓN.

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. En efecto, la legítima en nuestro

Derecho común (y a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una «*pars bonorum*», y se entiende como una parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que, en ciertos supuestos, reciba su valor económico o «*pars valoris bonorum*». De ahí, que se imponga la intervención del legitimario en la partición. La necesaria intervención del legitimario ha sido exigida, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989.

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.

Por otra parte, respecto de la pretendida asimilación del presente caso al de desheredación injusta, debe tenerse en cuenta que una cosa es que en esta última hipótesis deba pasarse, al realizar la partición, por la declaración de desheredación expresada por el testador mientras el desheredado no contradiga judicialmente la certeza de la causa de desheredación (*vid.* art. 851 CC), y otra cosa bien diferente es que en casos como el del presente recurso, aun respetando el valor del testamento como ley de la sucesión y la voluntad del testador de satisfacer la legítima del heredero forzoso con las cantidades recibidas por este en vida de aquel, deba intervenir dicho heredero forzoso en la partición.

Resolución de 14-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Icod de los Vinos.

HERENCIA: SUCESIÓN DE UN EXTRANJERO.

Este pronunciamiento del Centro Directivo es congruente con la jurisprudencia existente a la fecha de la resolución, especialmente con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de octubre de 2017 (asunto C-218/16, Kubicka), que recuerda que la sucesión «*mortis causa*» implica la transmisión de la propiedad de los bienes del causante. Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 15 de enero de 2019 (para una sucesión previa a la aplicación del Reglamento) recuerda que la elección de ley (y la disposición válida conforme a la ley que podía haber elegido) hechas por el causante antes del 17 de agosto de 2015, incluso antes del 17 de agosto de 2012, serán válidas siempre y cuando el fallecimiento haya ocurrido a partir del 17 de agosto de 2015, supuesto que se da en el presente caso.

Finalmente, no habiendo sido observado el defecto, no debe incidirse en que el «*probate*» no consta apostillado conforme al Convenio de La Haya de 1961, a pesar de tener la consideración en el Estado de expedición de documento público, en cuanto en este caso no es el título de la sucesión, siendo un adicional elemento

de seguridad que garantiza la compatibilidad del contenido del testamento con la ley aplicable a la sucesión.

Resolución de 14-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Castellón de la Plana, número 2.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

Como cuestión previa, debe recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

La calificación registral no entra en el fondo de la resolución judicial, ni en la validez del convenio regulador aprobado judicialmente, sino en si tal convenio constituye o no título inscribible para la práctica del asiento registral teniendo en cuenta los aspectos susceptibles de calificación registral conforme a los artículos 100 del Reglamento Hipotecario y 522 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Precisando más los límites de la citada doctrina, la resolución de 22 de marzo de 2010, reiterando otros pronunciamientos anteriores de este mismo Centro Directivo, y nuevamente confirmada por la resolución de 11 de abril de 2012, ha señalado que respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1323 CC), nada se opone a que estos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio.

El convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común. En definitiva, solo son inscribibles aquellos actos que, conforme al artículo 90 del Código civil, constituyen el llamado contenido típico del convenio regulador; fuera de los cuales, y sin afectar a la validez y eficacia de los actos con-

signados en un documento que no pierde el carácter de convenio privado objeto de aprobación judicial, su acceso a los libros del Registro requiere su formalización en los títulos establecidos en el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, es decir el documento público notarial, al tratarse de un acto voluntario y consciente celebrado por los interesados, fuera de una contienda o controversia entre los mismos.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda.

Ciertamente, tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —«*ex lege*»— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1354 y 1357.2 CC). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes.

Resolución de 15-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Lucena del Cid.

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO DE INTERPOSICIÓN. PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: CALIFICACIÓN DE LAS ALEGACIONES PRESENTADAS POR LOS COLINDANTES. REPRESENTACIÓN GRÁFICA GEORREFERENCIADA: SERVIDUMBRE SOBRE LA FINCA.

En primer lugar, debe valorarse acerca del carácter extemporáneo del recurso, tal y como resalta la registradora en su informe. A tenor de la documentación presentada en la tramitación del recurso, podemos reconocer que la calificación se emite con fecha 20 de agosto de 2018, siendo notificada por correo certificado con acuse de recibo el día 24 de agosto de 2018, siendo fallido el primer intento de entrega el día 7 de septiembre de 2018, y con posterioridad se efectúa un segundo intento de entrega el día 16 de octubre de 2018, el cual es recogido por el interesado el día 17 del mismo mes. El recurso se interpone el día 19 del mes siguiente. La más abundante y reciente interpretación jurisprudencial del comienzo del cómputo «a partir del día siguiente», ha venido entendiendo que esta dicción no suponía que el «*dies ad quem*» concluya a las 24 horas del día equivalente en el mes o en el año a aquel en que comenzó el cómputo sino a las 24 horas del día inmediatamente anterior aquel en que comenzó dicho cómputo, esto es haciendo coincidir este término con el contenido en la expresión «de fecha a fecha». El Tribunal Constitucional ha abordado esta cuestión en la sentencia número 209/2013, de 16 de diciembre. Finalmente, la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, con el fin de resolver la problemática generada en este tema, introduce una redacción de la determinación del «*dies ad quem*» en el cómputo de los plazos conforme con la jurisprudencia antes señalada. Así, en el artículo 30, apartados 4 y 5 de la citada Ley 39/2015. En el caso que nos ocupa, el plazo para la interposición

del recurso vencía el día 17 de noviembre de 2018, sábado, por tanto inhábil, al igual que lo fue el día 18, siendo por tanto prorrogado el plazo al día hábil siguiente, quedando como último día para la interposición del recurso el día 19 de noviembre. Por tanto, el recurso fue interpuesto en plazo.

En caso de calificación positiva de la representación gráfica, lo procedente es practicar la inscripción correspondiente, sin perjuicio de que quede constancia de la resolución motivada en la que se acuerda dicha inscripción, que queda bajo la salvaguarda de los tribunales (art. 1.3.º Ley Hipotecaria). Únicamente si la calificación de la representación gráfica es negativa, puede recurrirse conforme a las normas generales, según reza el precepto. En cambio, no prevé la norma que se efectúe una calificación de cada una de las alegaciones, sujeta a posibilidad de recurso. Por todo lo expuesto, resulta incorrecto el proceder de la registradora al emitir calificación negativa de un escrito de alegaciones, que no es título inscribible sujeto a tal calificación.

No es defecto para la inscripción de la representación gráfica del predio sirviente que no conste representada una servidumbre, dado que esta es un gravamen de la finca, de manera que la superficie correspondiente al terreno de la servidumbre estará comprendida en la representación gráfica de dicho predio sirviente. Lo relevante en tales casos será que la servidumbre conste debidamente constituida e inscrita, a efectos de que queden preservados los derechos del titular del predio dominante.

Resolución de 15-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro de la Propiedad de Santo Domingo de la Calzada.

PROCEDIMIENTO DE INMATRICULACIÓN DEL ARTÍCULO 203 LH: EFECTOS DE LA FORMULACIÓN DE OPOSICIÓN POR ALGUNO DE LOS INTERESADOS NOTIFICADOS.

Como puso de relieve esta Dirección General en la resolución de 13 de julio de 2017, el expediente para la inmatriculación de fincas regulado en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria es un procedimiento notarial que viene a sustituir al expediente de dominio judicial. En el expediente del artículo 203, la regla quinta determina los interesados que deben ser notificados por el notario, concretamente, todos aquellos que, de la relación de titulares contenida en el escrito acompañado a la solicitud, resulten interesados como titulares de cargas, derechos o acciones que puedan gravar la finca que se pretende inmatricular, a aquel de quien procedan los bienes o sus causahabientes, si fuesen conocidos, al titular catastral y al poseedor de hecho de la finca, así como al Ayuntamiento en que esté situada la finca y a la Administración titular del dominio público que pudiera verse afectado, para que puedan comparecer en el expediente y hacer valer sus derechos, y, además, a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas.

La cuestión de la oposición se contempla en la regla sexta del artículo 203 que permite de forma clara la posibilidad de intervención en el procedimiento de los interesados así como el modo de proceder en caso de oposición. No es razonable entender que la mera oposición que no esté debidamente fundamentada, aportando una prueba escrita del derecho de quien formula tal oposición, pueda hacer derivar el procedimiento a la jurisdicción contenciosa. Corresponde

al notario valorar en cada caso si la oposición se encuentra debidamente fundamentada, conforme a lo expuesto, a efectos de poder continuar el procedimiento o concluir el mismo.

Resolución de 18-2-2019

BOE 13-3-2019

Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA GEORREFERENCIADA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 LH debe ser interpretado en el sentido de incluir en su ámbito de aplicación cualquier supuesto de modificación de entidad hipotecaria que conlleve el nacimiento de una nueva finca registral, afectando tanto a la finca de resultado como al posible resto resultante de tal modificación. Del propio tenor del artículo 9 se deduce la posibilidad de inscripción de representación gráfica sin tramitación previa del expediente para rectificar la descripción, superficie o linderos de la finca, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. En los casos en los que tal inscripción de representación gráfica no es meramente potestativa, sino preceptiva, como ocurre con los supuestos enunciados en el artículo 9, letra b), primer párrafo, la falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de ningún procedimiento, sin perjuicio de efectuar las notificaciones previstas en el artículo 9, letra b), párrafo séptimo, una vez practicada la inscripción correspondiente.

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. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso resultan fundadas las dudas del registrador en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes, con posible invasión de las mismas, quedando identificadas las fincas y los titulares afectados. Además, las dudas quedan corroboradas con otros datos y documentos que obran en el expediente, en particular la oposición de varios colindantes, algunas de cuyas alegaciones se encuentran fundamentadas y respaldadas documentalmente, con referencia a planos, ortofotografías o a documentos sobre el origen de la finca.

En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la falta de acreditación de la condición de heredero del titular o de apoderado por quien se opone, esta cuestión ya ha sido tratada por esta Dirección General (cfr. resoluciones de 6 de febrero, 21 de marzo, 16 de mayo y 5 de julio de 2018). Corresponde al registrador valorar la legitimación para intervenir en el procedimiento, sin que proceda en

este trámite exigir los requisitos que corresponderían en caso de pretenderse la inscripción de la transmisión de la finca.

Resolución de 20-2-2019

BOE 13-3-2019

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Debe recordarse la doctrina reiterada de esta Dirección General en relación con el objeto del recurso (*vid.*, entre otras muchas, la resolución de 6 de junio de 2017), según la cual (con base en el art. 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de mayo de 2000) el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente determinar si la calificación es o no ajustada a Derecho (cfr. arts. 18 y 19 bis de la Ley Hipotecaria). 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).

Como afirmó la resolución de este Centro Directivo de 18 de enero de 2012, el recurso es el cauce legalmente arbitrado para impugnar las calificaciones de los registradores cuando suspendan o denieguen el asiento solicitado. Pero cuando dicha calificación, haya sido o no acertada, ha desembocado en la práctica del asiento, este queda bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 de la Ley Hipotecaria) y produce todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la propia ley, lo que conduce a su artículo 40, en el que se regulan los mecanismos para lograr la rectificación del contenido del Registro cuando es inexacto.

Resolución de 20-2-2019

BOE 13-3-2019

Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna, número 2.

PARTICIÓN DE HERENCIA: ENTREGA DE LEGADOS.

Los artículos 882 y 885 del Código civil determinan de forma clara que cuando el legado es de cosa específica y determinada propia del testador —lo que ocurre en este expediente— el legatario adquiere su propiedad desde que aquel muere, y no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando este se halle autorizado para darla. Por otra parte, el artículo 81 del Reglamento Hipotecario establece que «la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de [...] a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada [...] c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y [...] por el heredero o herederos [...]».

Por tanto, cabe afirmar que fuera de los casos en que el legatario fuera ya poseedor —se entiende posesión al tiempo de la apertura de la sucesión— tan solo

sería admisible la toma de posesión por el mismo si, no existiendo legitimarios, el testador le hubiera facultado expresamente para ello (primero de los supuestos contemplados en el artículo 81 del Reglamento Hipotecario), posibilidad que no se da en el supuesto de hecho de este expediente, al no haber previsión testamentaria de la causante sobre tal extremo.

En el supuesto de este expediente, se cumplen todos los parámetros exigidos por la ley para la entrega del legado —la hace el heredero único— si bien no concurre el legatario para recibir la cosa legada —está en paradero desconocido—. Esto en sí mismo propicia la posibilidad de la solicitud de la anotación preventiva del legado sobre la finca específica legada, lo que no impide que se pueda realizar la adjudicación de los restantes bienes de la herencia. Pero señala el registrador como defecto que no es posible la práctica de la inscripción de la adjudicación y aceptación de herencia mientras no se haya producido la entrega del legado, fundamentándolo en que se encuentra la herencia en administración hasta que se paguen todos los acreedores conocidos y los legatarios. En definitiva, el registrador ha considerado que la herencia se encuentra en administración y por lo tanto se somete a las reglas de los artículos 1026 y siguientes del Código civil. Pues bien, la interpretación de este precepto debe entenderse referida a la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, que limita la garantía de los acreedores de la misma y de los legatarios, porque de ello no debe derivarse una peor situación.

En el concreto supuesto de este expediente, la herencia ha sido aceptada pura y simplemente, se ha formulado inventario de los bienes sin que en él aparezcan acreedores conocidos que no hayan sido satisfechos en sus créditos y además se manifiesta por el heredero único «bajo su responsabilidad, que no existe ninguna deuda en la herencia». Por lo tanto, no puede aceptarse este defecto señalado en la nota de calificación. En el concreto supuesto de este expediente, el heredero único se ha comprometido a la entrega del legado, y en su caso, siendo que ha aceptado pura y simplemente, responderá con su patrimonio de nuevos acreedores no conocidos que surgieran posteriormente. Por tanto, esto, no habiendo legitimarios, no puede suspender la adjudicación de los restantes bienes de la herencia a favor del heredero.

Si el administrador fue el heredero único —como ha ocurrido en este expediente— o todos los herederos, una vez realizada la liquidación de la herencia, es decir, pagados los acreedores y legatarios, así como los gastos, entrarán en el pleno goce de los bienes restantes o remanente de la herencia, lo que no impide que pueda adjudicarlos e inscribir su adjudicación. Realmente son los mismos bienes hereditarios que habrían sido adquiridos por el heredero beneficiario y de los que ahora tiene el «pleno goce», ya que simplemente se ha producido la integración del remanente en el patrimonio personal del heredero, desapareciendo la separación de patrimonios.

Resolución de 20-2-2019

BOE 13-3-2019

Registro de la Propiedad de Miranda de Ebro.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC.

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 21-2-2019

BOE 14-3-2019

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 203 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El expediente para la inmatriculación de fincas regulado en el artículo 203 de la Ley Hipotecaria es un procedimiento notarial que viene a sustituir al expediente de dominio judicial que se regulaba en el artículo 201 de la Ley Hipotecaria antes de la reforma operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio. La misma regla tercera del citado artículo 203.1 dispone que tras la solicitud de certificación por parte del notario autorizante del expediente, el registrador debe emitir un juicio sobre la posible constancia como inmatriculada (parcial o totalmente) del nuevo objeto cuyo acceso a los libros del Registro se solicita, o indicar si tiene dudas sobre esa posible inmatriculación previa. En caso de producirse esta coincidencia el mismo artículo 203 exige que el registrador expida certificación literal de la

finca o fincas coincidentes comunicándolo inmediatamente al notario, con el fin de que proceda al archivo de las actuaciones.

No obstante esta previsión de archivo del expediente en el caso de albergar dudas el registrador, esta Dirección General ha puesto de relieve (cfr., por todas, las resoluciones de 27 de junio de 2016 y 20 de junio de 2018) que debe admitirse la posibilidad de continuar con la tramitación de mismo, pudiendo el notario realizar actuaciones y pruebas que permitan disipar tales dudas. Ello debe entenderse sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado.

Resolución de 21-2-2019

BOE 14-3-2019

Registro de la Propiedad de Álora.

ANOTACIÓN DE DEMANDA DE NULIDAD DE UNA INSCRIPCIÓN DE HIPOTECA: TRACTO SUCESIVO.

El principio constitucional de tutela judicial efectiva, que proscribía la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española), impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita (que está bajo la salvaguarda de los tribunales, conforme al art. 1 de la Ley Hipotecaria) si no consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata; de ahí que en el ámbito de la calificación de los documentos judiciales el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, en coherencia plena con los preceptos constitucionales y legales, incluya los obstáculos que surjan del Registro.

En el presente caso se trata de una demanda por la que se solicita la declaración de nulidad de un préstamo hipotecario y la consiguiente cancelación de la inscripción de hipoteca. Por tanto, afecta solo al derecho real de hipoteca. Y el titular registral de dicho derecho real de hipoteca es precisamente la sociedad mercantil demandada, cumpliéndose las exigencias derivadas de lo establecido en los artículos 1, párrafo tercero, 3, 20 y 38 de la Ley Hipotecaria. demanda afecta exclusivamente al desenvolvimiento judicial del derecho real de hipoteca y, por tanto, queda plenamente satisfecha la exigencia derivada del artículo 20 de la Ley Hipotecaria, si aparece entablada contra el titular registral de dicho derecho, sin necesidad de dirigirla también contra los propietarios cuyo dominio, y respectivo asiento registral, en nada quedará afectado o modificado por el resultado del pleito.

Resolución de 21-2-2019

BOE 14-3-2019

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1.

OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

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 algu-

nos 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».

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 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.

La expresión de las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación, conllevan la ubicación indudable de esta en el territorio, por lo que en caso de situarse todo o parte de las coordenadas en los límites de la finca quedará determinada siquiera parcialmente la ubicación de la finca, y consecuentemente la de la finca colindante, con riesgo de que la determinación y constancia registral de esta ubicación se realice sin intervención alguna de los titulares de fincas colindantes, tal y como prevén los artículos 9.b) y 199 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, resultan justificadas las dudas sobre si dicha ubicación excede efectivamente de la finca registral.

En el procedimiento del artículo 199 LH 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. 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.

Resolución de 21-2-2019

BOE 14-3-2019

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

OBRA NUEVA: DELIMITACIÓN DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

La cuestión central que se plantea en este expediente es la de si es posible inscribir una modificación de obra nueva inscrita cuando el registrador expresa en su calificación que las coordenadas de la porción de suelo ocupada invaden parcela catastral ajena. A pesar de la parquedad de los argumentos de la nota de calificación, no pueden estimarse las alegaciones del recurrente relativas a

que el registrador hace caso omiso a la representación catastral, ya que precisamente se ha incorporado al título representación gráfica de la finca alternativa a la catastral, así como informe técnico del que resultan las coordenadas de la edificación y de la finca.

En este caso concurre la circunstancia de existir un incremento de superficie de la finca y de la porción de suelo ocupada por la edificación unido a una afectación a la parcela colindante según resulta del informe de validación. Por ello, aun siendo de escasa entidad la modificación de superficie, en este caso la misma se acompaña de una alteración de la perimetría catastral que necesariamente requiere la intervención de los colindantes afectados en las actuaciones correspondientes.

Por todo lo expuesto, en el presente caso, estando debidamente justificada la duda de extralimitación de la finca que se expresa en la calificación (aunque de forma escueta) y que se aprecia de forma evidente en la documentación gráfica incorporada al título, este defecto debe confirmarse.

Resolución de 22-2-2019

BOE 14-3-2019

Registro de la Propiedad de Madrid, número 4.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

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. Tal aserto se fundamenta en el principio esencial por el cual 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). La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

Como ha quedado expuesto, uno de los supuestos de inexactitud registral puede venir motivado por la existencia de errores materiales o de concepto en la redacción del asiento. El artículo 40 de la Ley Hipotecaria en su apartado c) señala que en este caso el Registro se rectificará en la forma determinada en el Título VII. A diferencia de lo que ocurre con la inexactitud provocada por la falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento, cuya rectificación, como dispone el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria no exige el consentimiento del registrador, en el caso de la rectificación de errores de concepto, esta intervención es necesaria. A la vista del artículo 217 LH, debe entenderse que el consentimiento o acuerdo unánime de todos los interesados y del registrador son requisitos indispensables para la rectificación.

La legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer. Asimismo, este Centro Directivo ha admitido en diversas resoluciones (10 de marzo y 5 de mayo de 1978, 6 de noviembre de 1980, 26 noviembre de 1992, 10 de septiem-

bre de 2004, 13 de septiembre de 2005, 19 de junio de 2010, 7 de marzo y 2 de diciembre de 2011, y 29 de febrero, 17 de septiembre y 3 y 16 de octubre de 2012, entre otras) 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, independiente por su naturaleza de la voluntad de los interesados.

Resolución de 22-2-2019
BOE 14-3-2019
Registro de la Propiedad de Guadix.

HIPOTECA EN GARANTÍA DE CUENTA DE CRÉDITO: PACTOS INSCRIBIBLES.

Así, según señaló la resolución de 28 de junio de 2012, son tres los tipos de hipotecas de máximo admitidos en nuestro Derecho: las hipotecas constituidas en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 de la Ley Hipotecaria y 238 del Reglamento Hipotecario); las constituidas en garantía del saldo de una cuenta corriente de crédito y asimilados (art. 153 de la Ley Hipotecaria), y las hipotecas globales y/o flotantes (art. 153 bis de la Ley Hipotecaria); de entre las cuales nos centraremos en la segunda dado que es la que, a priori, se ajusta más a las características de la obligación que se garantiza en el supuesto que nos ocupa: concesión de un crédito, libertad de disposición —anual— durante su vigencia, de acuerdo con los términos pactados, y garantía de la liquidación de un saldo.

Debemos descartar que la obligación garantizada con la hipoteca objeto de este recurso pueda calificarse de contrato de apertura de crédito simple, ya que en la misma caben reembolsos anticipados y nuevas disposiciones del capital amortizado, siquiera sea cada año. Al no poder hablarse propiamente de entrega total de las cantidades garantizadas, es necesario articular una cuenta corriente, u otro procedimiento semejante admitido legalmente, para la fijación de la cantidad líquida exigible ya que es preciso asentar contablemente tanto las distintas cantidades dispuestas a lo largo de la duración del contrato, como las cantidades que se hayan ido amortizando, lo que impone, a su vez, como modelo de aseguramiento real, el empleo de la hipoteca en garantía del saldo de cuenta corriente del artículo 153 de la Ley Hipotecaria y los requisitos que le son inherentes. Fijado por tanto el tipo de hipoteca ante el que nos encontramos, con suficiente claridad o precisión, según resulta de los propios términos de la escritura de hipoteca calificada, no procede exigir aclaración complementaria alguna en este sentido, por lo que el primer defecto de la nota de calificación recurrida debe ser revocado.

En cuanto a la forma de fijación del saldo exigible al finalizar el plazo de la cuenta corriente, las partes pueden pactar cualquier sistema a efectos de la utilización del procedimiento de ejecución ordinaria, y entre ellos el recogido en el artículo 572.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, para que pueda utilizarse el procedimiento judicial directo de ejecución hipotecaria tratándose, como es el caso, de un acreedor que no tiene la condición de entidad de crédito, es preciso pactar como sistema de fijación del saldo líquido, por imposición del artículo 153 de la Ley Hipotecaria, el denominado sistema de «doble libreta», pues respecto de ese procedimiento ejecutivo el sistema de «certificación conta-

ble de la parte acreedora», solo se admite cuando el acreedor sea una entidad bancaria o de crédito. Por su parte, el artículo 245 del Reglamento Hipotecario reitera este criterio de exclusividad del «certificado contable de la parte acreedora» para las entidades crédito. La razón de esta restricción del sistema del sistema de «certificado contable de la parte acreedora» a las entidades bancarias en el procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario, y más aún en la venta extrajudicial, radica en la limitada fase declarativa existente en el mismo que impide una adecuada protección de los prestatarios en este especial supuesto, y en el control y supervisión de estas entidades crediticias por parte del Banco de España, lo que hace que sus certificados gocen en el tráfico de la presunción de veracidad.

Ahora bien, es indudable que también podrá utilizarse el procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario cuando el saldo exigible conste por escrito firmado por la partes en los términos del artículo 238 del Reglamento Hipotecario. No habiéndose pactado ninguno de los sistemas que para la determinación del importe líquido exigible impone la legislación en orden a la utilización del procedimiento de ejecución judicial directo hipotecario y el de venta extrajudicial en las hipotecas de máximo; mientras no se consienta expresamente la inscripción de la hipoteca con exclusión de estos procedimientos, debe ratificarse el defecto señalado.

Debe recordarse que según ya señaló la resolución de 24 de marzo de 2014, el artículo 129.1.b) de la Ley Hipotecaria, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 1/2013, dispone con claridad que la ejecución de la finca hipotecada conforme al procedimiento de venta extrajudicial es posible «(...)», conforme al artículo 1.858 del Código civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca solo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada». Por lo tanto, debe indicarse expresamente en la escritura de constitución de hipoteca que el procedimiento extrajudicial pactado solo podrá utilizarse en caso de falta de pago de capital o intereses, no bastando la mera remisión a la legislación hipotecaria vigente.

Esta Dirección General en resoluciones de 23 de enero y 20 de junio de 2012 y 28 de abril de 2015 ya señaló que 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.

Por último, se plantea la cuestión relativa a si es posible practicar la inscripción parcial de la hipoteca, no obstante estos tres defectos confirmados, suspendiendo los pactos relativos al procedimiento de ejecución judicial hipotecario y a la venta extrajudicial, ya que el acreedor puede acudir para la realización de la hipoteca al juicio ejecutivo ordinario que corresponda. Para poder practicar la inscripción parcial de la hipoteca sin dichas cláusulas, se precisa solicitud expresa de las partes (arts. 19 bis y 322 de la Ley Hipotecaria) dado que se considera que las mismas constituyen un elemento delimitador del contenido esencial del derecho real de hipoteca, que viene constituido por la responsabilidad hipotecaria y por los procedimientos ejecutivos que le son propios.

Resolución de 22-2-2019

BOE 14-3-2019

Registro de la Propiedad de Concentaina.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

Es cierto que conforme al artículo 258.5 de la Ley Hipotecaria, la calificación ha de ser unitaria y global, de modo que el registrador de la propiedad debe extremar su celo para evitar que una sucesión de calificaciones relativas al mismo documento y a la misma presentación, genere una inseguridad jurídica en el rogante de su ministerio incompatible con la finalidad y eficacia del Registro de la Propiedad. Pero es igualmente cierto que también tiene declarado este Centro Directivo (cfr., por todas, la resolución de 5 de marzo de 2014) que las consideraciones anteriores no pueden prevalecer sobre uno de los principios fundamentales del sistema registral como es el de legalidad, lo que justifica la necesidad de poner de manifiesto los defectos que se observen aun cuando sea extemporáneamente.

Por otra parte, aunque sean los mismos documentos los que se hubieran presentado a inscripción, cuando haya caducado el asiento de presentación anterior el artículo 108 del Reglamento Hipotecario permite volver a presentar dichos títulos y que estos sean objeto de una nueva calificación, en la que el registrador —él mismo, o quien le suceda en el cargo, como sucede en este caso en que la primera calificación fue extendida por una registradora titular anterior— puede mantener su anterior criterio o variarlo, si lo estimase ajustado a Derecho, sin estar vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación.

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).

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 27-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro de la Propiedad de Belmonte.

HERENCIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO. HERENCIA: ENTREGA DE LEGADOS.

El precepto fundamental en esta materia es el artículo 675 del Código civil, del que resulta el entendimiento de las cláusulas conforme el sentido literal de las palabras a menos que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. Lo que confirman otras disposiciones del Código civil, como el artículo 773 para el nombre y apellidos de los designados como herederos o legatarios. En cualquier caso, tanto la doctrina como la jurisprudencia han coincidido en que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real del testador, esto es, sentido espiritualista de las disposiciones. Ciertamente el primer elemento en la interpretación de los testamentos es el literal, pero merced a la utilización de otros elementos interpretativos se debe establecer cuál es el verdadero significado de las cláusulas testamentarias.

Por su parte, la resolución de la Dirección General de fecha 26 de mayo de 2016, precisa y delimita algunos principios de interpretación: que ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias; que debe prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (cfr. por ejemplo,

el propio artículo 767, y los artículos 715, 743, 773, 786, 792, 793, así como, «*ex analogía*», el 1284); Que es lógico entender que en un testamento autorizado por notario las palabras que se emplean en la redacción de aquel tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento, puesto que preocupación del notario debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje.

La interpretación del testamento en caso de colisión de decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los Tribunales de instancia. Corresponde a los Tribunales de instancia interpretar el testamento y no al Tribunal Supremo, si bien, excepcionalmente, cabe que nuestro Alto Tribunal revise la interpretación realizada. Ante una posible duda, esta ha de decidirse a favor del que se halle obligado a ejecutar la disposición —los herederos en este caso—, dado que el obligado debe entenderse obligado a lo menos. Del mismo modo, y por razón del criterio antes expuesto, en caso de existir duda sobre lo legado, la interpretación ha de hacerse a favor del que debe cumplir dicho legado.

Centrados en el concreto supuesto de este expediente, la interpretación ha sido realizada por todos los herederos junto con la representante del legatario, de forma unánime, sin que haya habido disconformidad ni duda alguna respecto a que la extensión del legado se refería a la legítima estricta y corta. Por lo tanto, habiéndose realizado y estando de acuerdo en la interpretación de las disposiciones testamentarias todos los interesados, y siendo que el valor de lo adjudicado cubre los derechos del legitimario, debe revocarse este defecto señalado en la nota de calificación.

El segundo de los defectos señala que no se adjudica al legatario edificación alguna, lo que es distinto a lo ordenado por el testador; y que por lo tanto es una adjudicación de la mitad de lo que le corresponde. En la escritura se hace constar que el legado comprende únicamente el solar, puesto que el edificio que existe sobre el mismo, y que será objeto de ulterior declaración, no fue costeadado por el causante, lo que corroboran todos los comparecientes de forma unánime. En definitiva, una interpretación literal y lógica de la cláusula del legado, nos lleva a que de tratarse de un legado de cosa que al tiempo de hacerse el testamento era ya propia del legatario, no producirá efecto conforme lo dispuesto por el artículo 866 del Código civil. Si de un legado de cosa ajena se trata, ignorándolo el testador, como alega la recurrente, entonces, estaremos a los efectos que se desprenden de la aplicación del artículo 862 del Código civil, esto es, que será nulo el legado en cuanto a la parte de la edificación, manteniéndose en cuanto al solar (*ex* artículo 864 del Código civil). Para el caso de duda respecto a la ignorancia del testador sobre la propiedad de la cosa legada, la prueba de que el testador lo sabía corresponde al legatario, y este en nada se ha opuesto. Así pues, cualquiera de las soluciones aboca al mismo resultado, esto es, que el legado es efectivo en cuanto a la parte de solar que se entrega.

En ningún momento la madre representante del menor manifestó que mediase ni se ha producido renuncia o transacción alguna sobre los derechos del mismo, por lo que no es precisa la autorización judicial a la que se refiere el artículo 166 del Código civil. En segundo lugar, no existe oposición ni colisión de intereses entre el menor representado y su madre que lo representa pues ella no está interesada en la partición. En tercer lugar, la partición, con la interpretación realizada, no se ha realizado en modo distinto de lo ordenado por el testador, y aunque así hubiere sido, sería admisible con el consentimiento de todos los interesados, como ha dicho el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 1995.

Resolución de 27-2-2019
BOE 26-3-2019
Registro de la Propiedad de Lepe.

CONCURSO DE ACREEDORES: EJECUCIÓN DE HIPOTECA EN LA FASE DE LIQUIDACIÓN.

En el sistema legal vigente las ejecuciones de garantías reales tras la declaración de concurso del titular del bien o del derecho sobre el que se hubiera constituido la garantía se rigen por un conjunto de reglas especiales (arts. 56, 57 y 155 de la Ley Concursal), que, tras sucesivas reformas legislativas (Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y Ley 9/2015, de 25 de mayo), con las matizaciones introducidas por una muy rica jurisprudencia menor, pueden sintetizarse en las siguientes: la primera de esas reglas es aquella según la cual, desde la declaración de concurso, los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, no pueden iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos. La segunda, aquella según la cual, desde la declaración de concurso, las actuaciones de ejecución o realización forzosa ya iniciadas a esa fecha sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa quedarán suspendidas, si no lo hubiesen sido ya como consecuencia de la comunicación por el deudor del inicio de negociaciones con los acreedores, aunque ya estuviesen publicados los anuncios de subasta. La tercera regla se refiere a que los titulares de derechos reales de garantía, sobre bienes o derechos de la masa activa no necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado, que pretendan iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos o que pretendan alzar la suspensión deberán acompañar a la demanda o incorporar al procedimiento judicial o administrativo cuya tramitación hubiera sido suspendido el testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que no son necesarios para esa continuidad. La cuarta regla se refiere al fin de la prohibición de inicio o continuación de ejecuciones de garantías reales sobre cualquier clase de bienes. Según esta regla, los titulares de derechos reales de garantía sobre cualesquiera bienes o derechos de la masa activa podrán iniciar procedimientos de ejecución o realización forzosa sobre esos bienes o derechos y continuar aquellos cuya tramitación hubiera sido suspendida desde la fecha de eficacia de un convenio que no impida el ejercicio del derecho de ejecución separada; o desde que hubiera transcurrido un año a contar desde la fecha de declaración de concurso sin que hubiera tenido lugar la apertura de la liquidación. Y la quinta regla, que es la que más directamente interesa considerar ahora, tiene como objeto determinar los efectos de la apertura de la fase de liquidación de la masa activa sobre las ejecuciones de garantías reales: la apertura de la fase de liquidación producirá la pérdida del derecho a iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía sobre bienes y derechos de la masa activa por aquellos acreedores que no hubieran ejercitado estas acciones antes de la declaración de concurso. 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.

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. Los acreedores hipotecarios y pignoraticios tendrán que esperar; para obtener satisfacción, a que el bien sobre el que recae el derecho real de garantía se enajene conforme a las reglas imperativas contenidas en la Ley Concursal para la enajenación de esta clase de bienes (arts. 149.2 y 155.4 de la Ley Concursal) a las que necesariamente debe ajustarse el plan de liquidación, reglas imperativas que rigen también en defecto de aprobación del plan de liquidación.

En el caso al que se refiere este recurso, en los documentos tenidos en cuenta por la registradora en el momento de emitir la calificación impugnada no consta si el administrador concursal conoció o no la existencia de la ejecución hipotecaria, ni, por tanto, si se aquietó al resultado de esa ejecución. Pero, aunque —por hipótesis— se hubiera aquietado, esa aquiescencia no podría sanar la nulidad radical de la ejecución, ni podría legitimar la inscripción de la nueva titularidad a favor de la entidad de crédito ejecutante y adjudicataria. Ciertamente, no resuelve la Ley Concursal qué sucede si un Juzgado de Primera Instancia tramita la ejecución hipotecaria a pesar de la apertura de la fase de liquidación, y en esa ejecución se adjudican fincas hipotecadas. Pero el silencio legal debe colmarse con arreglo a los principios generales del ordenamiento jurídico.

Resolución de 27-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

HERENCIA: DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA EN FAVOR DEL CÓNYUGE QUE YA NO LO ES AL ABRIRSE LA HERENCIA.

La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges —o de la nulidad del matrimonio— la revocación o ineficacia, «*ministerio legis*», de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro. Por otra parte, en el presente caso no puede apreciarse que en la institución hereditaria debatida concurra una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia—, conforme al artículo 767 del Código civil.

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre de 2018, citada por la recurrente, y en la sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia (total o parcial). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de heredera de la excónyuge del causante.

Resolución de 27-2-2019
BOE 26-3-2019
Registro de la Propiedad de Gijón, número 3.

BIENES INSCRITOS CON CARÁCTER PRIVATIVO POR CONFESIÓN: ENAJENACIÓN.

Ciertamente, la aplicación del Derecho extranjero plantea hasta qué punto un reconocimiento de privatividad entre cónyuges al amparo de la ley reguladora de su régimen económico-matrimonial, implica necesariamente la inscripción conforme al artículo 95 del Reglamento Hipotecario, pensado exclusivamente —y con posible extrapolación— para el Derecho español, y especialmente para el artículo 1324 del Código civil. Recordemos que la inscripción y sus efectos, se rige por la legislación hipotecaria española —«*rectius*» por la «*lex rei sitae*»—.

El Registro publica una titularidad del esposo en la que —como ocurriría si se trataran de cónyuges bajo la ley española y concretamente el Código civil— basta para transmitir la manifestación por el transmitente de que su excónyuge vive, sin precisarse prueba alguna de tal circunstancia ni su comparecencia, pues el reconocimiento o confesión produce todos sus efectos excepto si afectara a acreedores o herederos forzosos del confesante, hipótesis que no puede ser planteada dado que no ha fallecido la exesposa, no constando anotación registral alguna de un eventual acreedor.

Resolución de 27-2-2019
BOE 26-3-2019
Registro de la Propiedad de Gandía, número 1.

PROHIBICIÓN DE ENAJENAR: EFECTOS SOBRE UN ACTO DE CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA.

Con carácter general, cabe recordar la doctrina sobre la configuración registral de las prohibiciones de disponer que este Centro Directivo ha establecido en diversas ocasiones desde la clásica resolución de 20 de diciembre de 1929 hasta la más reciente de 2 de noviembre de 2018. Conforme a esta doctrina las prohibiciones de disponer no son verdaderos derechos reales cuya inscripción perjudique a terceros adquirentes, sino restricciones que, sin atribuir un correlativo derecho al beneficiado por ellas, limitan el ejercicio de la facultad dispositiva («*ius disponendi*») de su titular (cfr. resolución de 13 de octubre de 2005). Tales restricciones no impiden la realización de actos dispositivos forzosos, sino tan solo los actos voluntarios de transmisión «*inter vivos*», por lo que un bien gravado con una prohibición de disponer es susceptible de ser transmitido «*mortis causa*» o en virtud de los citados actos dispositivos de carácter forzoso. Asimismo la doctrina de este Centro Directivo (*vid.*, por todas, resolución de 18 de diciembre de 2013) ha destacado que de los artículos 26 y 27 de la Ley Hipotecaria, relativos a las prohibiciones de disponer desde la perspectiva registral, resulta que sus efectos son diferentes según procedan de actos a título oneroso o gratuito.

Por otra parte, siendo de libre configuración por el donante el pacto añadido a la disposición gratuita de bienes, no cabe duda de que este puede modular la prohibición que tenga a bien establecer, disponiendo por ejemplo la forma de ejercicio, el efecto de la contravención (el Código civil en relación con la dispo-

sición de la vivienda habitual en su artículo 1320 ofrece una solución normativa para el supuesto que regula), o su ámbito objetivo en términos más o menos amplios en cuanto al tipo de actos o contratos dispositivos afectados. Lo que se le ha impuesto al donatario con la exigencia del consentimiento de los donantes, o del que sobreviva, es una limitación a la facultad de disponer, natural en el derecho de propiedad. Pero, además de constituir una restricción de la facultad de disponer, supone el reconocimiento de un ámbito de poder en favor de quien ha de consentir el acto dispositivo, en el presente caso los donantes o quien sobreviva. Y esta «facultad de respeto», o ámbito de poder reservado por los donantes, no puede ser obviada ni siquiera en aquellos casos en que la persona llamada a prestar su consentimiento esté afectada por alguna situación de discapacidad que le impida prestar dicho consentimiento por sí misma.

Por tanto, en el presente caso, la duda surge porque si bien la prohibición de disponer no se extiende a todos los actos dispositivos (incluyendo los gravámenes de cualquier naturaleza), tampoco se limita a los actos de enajenación mediante la venta de la finca, sino que se extiende, además, a su cesión o transmisión «por cualquier otro título», incluso a su arrendamiento o cesión a título de precario. Se plantea, por tanto, la cuestión de si se comprende en el ámbito objetivo de dicha prohibición la constitución de gravámenes hipotecarios. Duda que ha de resolverse en sentido afirmativo, conforme a la doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones de 18 de enero de 1963, 9 de junio de 2012 y 17 de marzo de 2017).

La constitución del derecho real de hipoteca implica un acto dispositivo (cfr. art. 1857.3 CC) por el cual se transmite al acreedor garantizado un derecho de realización separada del bien afecto («*ius vendendi*»). Se trata de un derecho de naturaleza real que pasa a integrar el patrimonio del acreedor garantizado y que, en consecuencia, no podrá ser ya menoscabado por la actuación posterior del constituyente, sea esta dispositiva o de endeudamiento (*vid.*, por todas, la resolución de 28 de junio de 2005).

Las consideraciones anteriores son las que permiten entender el criterio sentado por la resolución de esta Dirección General de 18 de enero de 1963 (posteriormente reiterado en las de 9 de junio de 2012 y 17 de marzo de 2017, como veremos), en un supuesto similar al del presente expediente. Finalmente, la misma solución se aplica «*mutatis mutandis*» por la reciente resolución de 17 de marzo de 2017, en la que se discutía la posibilidad de constituir un derecho de opción de compra de aprovechamiento sobre una finca que estaba gravada por una prohibición de enajenación por los herederos durante un determinado plazo a partir del fallecimiento del causante. A todo ello se suman otras circunstancias resultantes del expediente, como el hecho de que los propios donantes y el donatario hayan entendido igualmente necesario el consentimiento de aquellos con ocasión de la previa constitución de otros gravámenes hipotecarios anteriores sobre la misma finca.

Resolución de 28-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro de la Propiedad de Tacoronte.

HERENCIA: ENTREGA DE LEGADOS.

Con carácter general, para determinar el haber hereditario es necesaria la previa liquidación de la sociedad de gananciales, ya que solo después de tal liqui-

dación es posible determinar el caudal partible y hacer inventario de los bienes. Pero en el caso en el que concurren todos los herederos a dar cumplimiento a una disposición testamentaria, no resulta necesario determinar previamente, mediante la liquidación formal de la sociedad de gananciales, qué participación del mismo correspondería a una y otra herencia y basta, a efectos del principio de especialidad, con la constatación de la titularidad de la finca a favor del legatario como adquirida por legado del causante, adquisición que de acuerdo con una interpretación literal, lógica y finalista de la disposición testamentaria y la configuración legal de la sociedad de gananciales, debe entenderse producida por mitad en el caso de tratarse de dos herencias de cónyuges.

En el concreto supuesto de este expediente, en la escritura de 6 de mayo de 1964 el viudo hizo entrega por donación de su mitad ganancial sin haber liquidado la sociedad de gananciales y sin la concurrencia de los sobrinos herederos; en la de aceptación de legado de 4 de diciembre de 2017, tampoco comparece ninguno de los sobrinos herederos de la causante para liquidar la sociedad de gananciales. Por lo tanto, no se cumple uno de los parámetros de la doctrina citada, esto es que concurren todos los herederos para dar cumplimiento a la disposición testamentaria. En consecuencia se debe mantener el defecto señalado.

En cuanto la cuestión de la falta de autorización a la legataria para ocupar por su propia autoridad la cosa legada y necesidad de la entrega por parte de los herederos, al no existir albacea facultado para darla, el artículo 885 del Código civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. A estos hay que añadir aquellos casos en los que el legatario estuviere, antes de la apertura de la sucesión, en posesión de la cosa legada por haberle sido entregada por el causante en vida.

Por otra parte, como ha recordado este Centro Directivo en resoluciones de 13 de enero de 2006, 13 de abril de 2009 y 4 de julio de 2014, la legislación hipotecaria, ya desde la Ley de 1861, ha establecido que tal entrega es necesaria para verificar la inscripción en favor del legatario. Ciertamente, en el supuesto de este expediente no está la legataria autorizada para tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada, por lo que no procede aplicar el primer apartado del artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

Se justifica en la escritura de subsanación y alega el recurrente en su escrito que la legataria se hallaba en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión. Se alega también que los herederos nunca tuvieron la posesión civilísima de la finca. Pues bien, conforme el artículo 440 del Código civil, la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el mismo momento de la muerte del causante, lo que así ocurrió con los herederos de la primera causante.

No se trata de acreditar la prescripción adquisitiva sino tan solo una situación de hecho como es la posesión. Se sustenta esta posesión en la notoriedad que resulta en el acta de subsanación y complemento de la escritura. Así, ha afirmado este Centro Directivo —resolución de 5 de julio de 2018— que es una solución la acreditación de la notoriedad del hecho de la posesión mediante el acta regulada en el artículo 209 del Reglamento Notarial. Pero ocurre que en el acta de notoriedad se acredita la posesión de la vivienda a favor de la legataria desde al menos el momento de la donación de la otra mitad, es decir desde el 6 de marzo de 1964, y siendo que el fallecimiento de la causante lo fue el día 2 de noviembre de 1963, no se cumple el requisito de la legataria esté en posesión de la cosa legada al tiempo de la apertura de la sucesión. En consecuencia, no puede estimarse el recurso.

Resolución de 28-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

OBRA NUEVA: LICENCIA. DERECHO DE VUELO: EJERCICIO.

Como ya ha afirmado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 12 de noviembre de 2013 y 29 de septiembre de 2017) la licencia municipal cumple una función de acreditación de la legalidad administrativa y urbanística vigente. El problema que se plantea en el presente expediente es el de establecer la identidad y correspondencia entre la finca a la que se ha dado licencia de construcción y la finca registral, sin que sea procedente, como solicita el recurrente, inscribir la declaración de obra nueva sin que quede acreditada esta identidad. En la escritura de fecha 23 de marzo de 2016 se está declarando la obra nueva sobre la totalidad de la finca registral 32.008, antes de la segregación, que de acuerdo con su historial registral tiene una superficie de 2.100 metros cuadrados, lo que significa que «no hay identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra nueva (registral 32.008) y la identificada en la licencia municipal». Debe, por ello, confirmarse el criterio de la registradora respecto de la falta de identidad entre la finca registral sobre la que se declara la obra y la identificada en la licencia municipal.

Es indudable que el ejercicio del derecho de vuelo constituido comporta necesariamente una modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, que podrá llevar a término por sí solo el titular de tal derecho si se le atribuye al constituirse este, sin que sea necesario el concurso del resto de los propietarios del inmueble, tanto para ejercitarlo como para reflejar, documentalmente, las modificaciones que el ejercicio de tal derecho necesariamente ha de comportar en el título constitutivo, siempre que se realice dentro de los límites legalmente establecidos (entre ellos los relativos a la necesaria fijación de las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento —artículo 16.2. letra «a» del Reglamento Hipotecario—).

Resolución de 1-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL: CÓNYUGES SUJETOS A UN RÉGIMEN EXTRANJERO.

Del mismo modo que no puede el registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso. 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. Del análisis de la nota de calificación impugnada resulta que se expresa el defecto que

a juicio de la registradora impiden la inscripción, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, no cabe concluir afirmando que haya incurrido en falta de motivación jurídica.

El sistema español de seguridad jurídica preventiva tiene como uno de sus pilares básicos la publicidad de la titularidad del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. Por ello la determinación de la titularidad debe quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad. Tratándose de personas casadas, la titularidad queda afectada por la existencia convencional o legal de un régimen económico matrimonial que determina el ejercicio y extensión del derecho. Para que dichas circunstancias puedan ser conocidas por terceros el Registro debe publicarlas, por lo que se exige la debida constancia de cuál sea el régimen económico-matrimonial aplicable al titular registral. El notario autorizante debe indagar la situación de los otorgantes a fin de averiguar si existen capítulos o contrato matrimonial entre ellos para proceder, tal y como exige dicho precepto, testimoniando, en su caso, los aspectos particulares que puedan ser relevantes al efecto. De otro lado, el notario español está obligado a aplicar la norma de conflicto española (art. 12.6 CC) y a determinar, de acuerdo a dicha norma, la ley material que resulte aplicable al régimen económico de los cónyuges.

Para los supuestos de inscripción de bienes a favor de adquirentes casados sometidos a legislación extranjera, no se exige la acreditación «a priori» del régimen económico-matrimonial, bastando que la inscripción se practique a favor del adquirente o adquirentes casados, haciéndose constar en la inscripción que se verificará con sujeción a su régimen matrimonial (art. 92 Reglamento Hipotecario). Por ello, el artículo 92 del Reglamento Hipotecario se limita a exigir, en este caso, que se exprese en la inscripción que el bien se adquiere «con sujeción a su régimen matrimonial».

La aplicación del artículo 92 del Reglamento Hipotecario no tiene un carácter preferente respecto del conocimiento que pueda tener el registrador de la legislación extranjera. Por ello, en casos en los que la escritura se limite a expresar que los cónyuges extranjeros adquieren con sujeción a su régimen económico-matrimonial sin que conste cuál sea este, si el registrador tiene conocimiento del mismo y, por ejemplo, es un régimen de separación, se considera justificada su exigencia sobre la constancia en dicha escritura de la cuota que corresponde a cada uno de los adquirentes del bien objeto de inscripción, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 1-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 11.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: CLARIDAD Y PRECISIÓN.

Procede recordar, que el artículo 322 de la Ley Hipotecaria establece que la calificación negativa del documento o de concretas cláusulas del mismo deberá notificarse al presentante y al notario autorizante del título presentado, y por tanto no es procedente, en ningún caso, omitir la preceptiva notificación al notario autorizante, la cual, como resulta del artículo 40.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debió «ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado».

Respecto del fondo del asunto, como resulta de lo expuesto, no se trata simplemente de que las dos fincas objeto de adjudicación en proindiviso a dos hermanos consten ya previamente agrupadas registralmente, sino que además de agrupadas constan registralmente adjudicadas en forma distinta a como se adjudican en el título calificado, pues en el título ahora calificado se adjudican por mitades indivisas a dos hijos del causante, mientras que registralmente, y en virtud de un título anterior, constan ya adjudicadas en usufructo a la viuda del causante, y la nuda propiedad a los tres hijos, por terceras e iguales partes indivisas.

Atendiendo como es preceptivo a los estrictos términos en que está redactada la nota de calificación recurrida, esta Dirección General ha de revocarla y estimar el recurso interpuesto, sin que ello signifique, pues legalmente no es ese el objeto ni alcance de la resolución de un recurso contra una concreta nota de calificación registral, proclamar la inscribibilidad del documento calificado.

Resolución de 1-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro de la Propiedad de Alcantarilla.

RELACIÓN REGISTRO-CATASTRO: INDEPENDENCIA DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL. ESTIPULACIONES DE CARÁCTER OBLIGACIONAL: NO INSCRIBIBLES.

La calificación jurídica llevada a cabo por parte de la registradora de la propiedad es independiente respecto a la que pudiera haber llevado a cabo el Catastro Inmobiliario y los pronunciamientos registrales prevalecen, por lo que no cabe admitir el argumento de los recurrentes referente a que la rectificación ya ha tenido lugar en expediente de subsanación de discrepancias aprobado por el Catastro (cfr. art. 3.3 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario).

En el presente caso, del examen de la escritura objeto de recurso, no resulta solicitada la práctica de ninguna inscripción distinta de la venta, sino que tal y como advierte la notaria autorizante de la misma, es precisa una adaptación futura del Registro a la realidad extrarregistral que dé cumplimiento a las resoluciones judiciales incorporadas a dicha escritura. Y para llevar a cabo dicha adaptación, habrá de precisarse cuál es la concreta operación registral a practicar, cumpliendo todos los requisitos que nuestra legislación hipotecaria y urbanística exijan para ello. En consecuencia, debe entenderse que la estipulación cuarta de la escritura tiene un contenido meramente obligacional, no inscribible.

Resolución de 5-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro de la Propiedad de Mijas, número 3.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: PROTECCIÓN DOMINIO PÚBLICO.

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 hipote-

caria. El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso las dudas del registrador manifestadas en la nota de calificación se basan en una supuesta invasión de dominio público, resultando que la Administración Pública no formula oposición alguna a la inscripción pretendida, limitándose a hacer constar la afectación de la finca para ser destinada a viales de carácter público, según el PGOU vigente en el Ayuntamiento de Mijas.

No puede mantenerse la calificación del registrador, por no resultar que se haya materializado el acto formal de cesión a la Administración Pública —futura titular del bien demanial—, siendo además conveniente y necesario para la determinación de la parte de finca que haya de ser objeto de cesión, por resultar así del número 4 del artículo 30 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística.

Resolución de 6-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete.

HERENCIA: DESHEREDACIÓN DE LEGITIMARIOS.

Es doctrina reiteradísima de este Centro Directivo que «en el cauce del recurso gubernativo, la apreciación documental ha de limitarse a los mismos documentos que se tuvieron a la vista al calificar (art. 326 de la Ley Hipotecaria)» —resoluciones de 4 de noviembre de 2008, 5 de febrero de 2009, 13 de enero de 2011 y 31 de mayo de 2012, entre otras muchas—. En consecuencia, no habiéndose presentado dicha documentación al tiempo de la calificación que da lugar el recurso, no puede ser tenida en cuenta a los efectos de la resolución de este expediente, sin perjuicio de su nueva presentación que causaría otra calificación.

No podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que derivan la condición de heredera, por mucho que en él se haya ordenado una desheredación y, en consecuencia, produce sus efectos la adjudicación de herencia realizada por esa única heredera en tanto no se haya producido una resolución judicial en virtud de reclamación de quien se considere injustamente desheredado.

La desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no solo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte, impone la expresión de una causa legal, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria. También requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. Aunque la jurisprudencia ha sido flexible en cuando al modo de indicación de la razón de la desheredación, ha de resultar una imputación en términos que no dejen duda de quien incurrió en la causa, o cometió el hecho constitutivo de la misma, evitando las referencias genéricas que, por su ambigüedad, crean inseguridad.

Es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código civil —a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas— no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa. En el supuesto concreto de este expediente, en el documento presentado para calificación, no se ha identificado a los hijos de los nietos desheredados que eran mayores de edad al tiempo del otorgamiento del testamento ni se ha manifestado que no había otros que fueran menores de edad en ese momento del otorgamiento del testamento y que viviesen al tiempo de la apertura de la sucesión. Y en su caso, de haberlos, no han intervenido en la partición.

En relación con el 857 del Código civil no cabe exigir que se acredite la inexistencia de otros descendientes a los designados en el testamento —lo que no se ha exigido en la calificación recurrida en este expediente—, toda vez que ello conduciría a la ineficacia de todo testamento como título sucesorio si no va acompañado de un acta acreditativa de la inexistencia de otros herederos que los nombrados en el propio testamento, consecuencia esta que aparece contradicha en la propia regulación legal.

Resolución de 6-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 20.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: EL PROCEDIMIENTO HA DE DIRIGIRSE CONTRA EL TITULAR REGISTRAL O SUS HEREDEROS.

Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral el de que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 de la Ley Hipotecaria), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución Española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 de la Ley Hipotecaria).

Ese 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, si no, haya tenido, al menos, legalmente la posibilidad de intervención en el procedimiento determinante del asiento. En el supuesto de este expediente, don J. F. G. falleció el día 30 de julio de 2010, con anterioridad a la interposición de la demanda. Dado que no pudo ser parte en el proceso tampoco cabe solicitar la sucesión procesal ya que no existe posibilidad alguna de transmitir lo que la ley llama como «el objeto del juicio» al amparo de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ante esta situación, parte de la jurisprudencia sostiene que procede desestimar la demanda, al tratarse de un defecto insubsanable que hace inútil cualquier pronunciamiento de nulidad para proceder a su subsanación en la audiencia previa.

Resolución de 6-3-2019
BOE 28-3-2019
Registro de la Propiedad de Coslada.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: EFECTO RESPECTO DE ASIENTOS ANTERIORES.

En relación con la eficacia de la anotación de demanda debe afirmarse que se trata de una medida cautelar que tiene como finalidad dar publicidad registral a la existencia de un proceso judicial, de suerte que cualquier titular que en el futuro inscriba o anote su derecho en el Registro conozca la pendencia del litigio y se enerve la eficacia de la fe pública. El actor consigue de esta forma asegurar que la finca, cuando recaiga la sentencia, se encontrará en la misma situación registral que en el momento de practicarse la anotación.

El artículo 198 del Reglamento Hipotecario regula los efectos que la anotación de demanda tiene respecto de los titulares que hayan accedido con posterioridad al Registro. La simple lectura de este precepto conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la calificación impugnada. En el presente caso las anotaciones de embargo que el registrador se ha negado a cancelar son todas de fecha anterior a la anotación de demanda. Son, por tanto, cargas que no pueden verse afectadas por la eficacia de la anotación de demanda. Consecuentemente, quedan sujetas a la hora de su cancelación a las reglas generales derivadas de los principios de legitimación registral y de tracto sucesivo. Y en este caso los respectivos titulares de dichas anotaciones no han sido llamados al procedimiento judicial en el que se ordena su cancelación.

Resolución de 6-3-2019
BOE 28-3-2019
Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6.

HIPOTECA: DESIGNACIÓN DE DOMICILIO A EFECTOS DE NOTIFICACIONES EN LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN.

El artículo 682.2.2.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el deudor —y, en su caso, el hipotecante no deudor— fije en la escritura un domicilio para la práctica de notificaciones y requerimientos. La fijación del domicilio a efectos del procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados tiene la doble finalidad de asegurar al acreedor frente a dilaciones indebidas por cambios de residencia o mala fe del deudor, por un lado, y por otro, garantizar al deudor el exacto conocimiento de las actuaciones ejecutivas.

Como ya ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo (cfr. resoluciones de 7 de febrero y 9 de julio de 2001 y 14 de enero de 2008), la omisión o, en su caso, la defectuosa designación del domicilio realizada por el deudor a efectos del citado procedimiento de ejecución directa o del extrajudicial de ejecución de la hipoteca, producirá el efecto de que no puedan utilizarse dichos procedimientos —de carácter potestativo—. Ahora bien, lo anterior no comporta, al no existir precepto alguno que así lo disponga, la ineficacia de la hipoteca ni constituye obstáculo para la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad, sin perjuicio de la obligada exclusión de los pactos relativos al procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados y sobre ejecución extrajudicial.

En el presente expediente, si bien es cierto que la cláusula podría haberse redactado con mayor claridad, como reconoce el propio notario autorizante, en su interpretación debe entenderse que el domicilio fijado es el de la vivienda, especialmente si se tiene en cuenta que la otra finca hipotecada es una plaza de garaje, interpretación que es la más favorable no solo para el acreedor, sino especialmente para el deudor.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 2-1-2019
BOE 5-2-2019
Registro Mercantil de Barcelona, número XI.

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Es doctrina reiterada que, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta, dicha forma ha de ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio, de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral. El derecho de asistencia que corresponde al socio ha de ser integrado con el de ser convocados en la forma prevista, pues será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. Tanto la fecha como la forma en que se ha realizado la convocatoria de la junta son elementos esenciales para que el registrador pueda calificar su regularidad y por tanto los acuerdos adoptados en la misma. En este caso la forma prevista es el correo certificado con acuse de recibo y se ha realizado a través de un operador privado. La Dirección resuelve que solo el operador postal universal —«Sociedad estatal Correos y Telégrafos SA»— goza de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales y de las que hayan de surtir efectos en la esfera notarial y registral, tanto por medios físicos como telemáticos. Cosa distinta es la autenticidad que podrá ser valorada y admitida en un procedimiento judicial.

Resolución de 2-1-2019.
BOE 5-2-2019
Registro Mercantil de Sevilla, número III.

JUNTA. CONVOCATORIA. FORMA.

Es doctrina reiterada que, existiendo previsión estatutaria sobre la forma de llevar a cabo la convocatoria de junta, dicha forma ha de ser estrictamente ob-

servada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema, goce de mayor o menor publicidad, incluido el legal supletorio, de suerte que la forma que para la convocatoria hayan establecido los estatutos ha de prevalecer y resultará de necesaria observancia cualquiera que la haga, incluida por tanto la convocatoria judicial o registral. Los socios tienen derecho a saber en qué forma específica han de ser convocados, pues será la única a través de la que esperarán serlo y a la que habrán de prestar atención. En este caso los estatutos prevén que la convocatoria se realice mediante envío de carta certificada con acuse de recibo, cuya remisión podrá hacerse notarialmente, o notificación notarial. La Dirección resuelve que no puede ser sustituida esta forma por la aseveración del certificante de la entrega en mano y acuse de recibo suscrito por cada socio, pues, conforme al principio de autonomía de la voluntad, es digno de tutela el interés de los socios en prevenir formas estatutarias que aseguren la fehaciencia de la notificación.

Resolución de 23-1-2019.

BOE 21-2-2019

Registro Mercantil de Valencia, número I.

JUNTA GENERAL. CONSTITUCIÓN. PRESIDENTE.

Se trata de la elevación a público de acuerdos sociales de cese y nombramiento de administrador que toma como base el acta notarial de junta. Existe contradicción entre lo que declara el presidente de la junta designado judicialmente y el administrador inscrito respecto de la cifra del capital social y las acciones de que son titulares los socios asistentes. El capital tampoco se corresponde con el que resulta del Registro. Corresponde al presidente realizar la declaración de la válida constitución de la junta y el resultado de las votaciones, pudiendo solicitarse la constancia en acta de reservas, protestas o manifestaciones. Sin embargo, el registrador no queda vinculado en todo caso por la actuación del presidente cuando su declaración resulta contradicha por la documentación aportada y los asientos del Registro Mercantil en términos tales que aquella no puede mantenerse. Así ocurrió en determinados casos resueltos por la Dirección General (juntas contradictorias, listas de asistentes diferentes, Libros Registros distintos...). Pero, como ocurre en el caso contemplado, la mera existencia de una contienda judicial sobre la condición de socio o la mera oposición de un socio (aunque sea el administrador a cargo del Libro Registro de socios) no impide tener por válidamente hecha la declaración del presidente ni la inscripción procedente, sin perjuicio de las acciones que correspondan a los interesados.

Resolución de 24-1-2019.

BOE 21-2-2019

Registro Mercantil de Valencia, número I.

JUNTA GENERAL. CONSTITUCIÓN. PRESIDENTE.

Resuelve el mismo caso anterior de la misma forma. La única diferencia es que en aquella el recurrente es el interesado y en esta es el notario autorizante de la escritura.

Resolución de 25-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número III.

JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN. MODIFICACIÓN ESTATUTARIA.

El derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia como un derecho esencial, imperativo e irrenunciable, instrumental respecto del derecho de voto, pero autónomo por cuanto corresponde al socio incluso si no tiene intención de acudir a la junta y votar. De ahí la necesidad de extremar el rigor en su defensa, hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que, en caso de duda, procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción. Pero esta rigurosa doctrina ha sido mitigada en ocasiones al afirmarse que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden salvarse siempre que, por su escasa relevancia, no comprometan los derechos individuales del socio. La resolución hace referencia a otras en las que así se entendió. Esta doctrina ha recibido el respaldo legal en la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificadora de la LSC al establecer (art. 204.3) que no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria...» salvo que se refieran a la «forma y plazo». Hay que analizar las circunstancias de cada caso. El supuesto ahora analizado trata de una convocatoria de una junta tanto ordinaria de aprobación de cuentas, como extraordinaria de modificación de un artículo estatutario, en la que el anuncio se refiere a los derechos de información que en general confiere el artículo 197 de la LSC como al especial para las cuentas del artículo 272.2, pero sin mención alguna al especial que, para los supuestos de modificación estatutaria exige el 287. No cabe entender en este caso que queden cumplidos los requisitos relativos al derecho de información por la referencia genérica a «cualquier documentación» o a «los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta».

Resolución de 28-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro Mercantil de Madrid, número IX.

JUNTA. DERECHO DE INFORMACIÓN. AUMENTO POR COMPENSACIÓN DE CRÉDITOS.

El derecho de información ha sido configurado por la jurisprudencia como un derecho esencial, imperativo e irrenunciable, instrumental respecto del derecho de voto, pero autónomo por cuanto corresponde al socio incluso si no tiene intención de acudir a la junta y votar. De ahí la necesidad de extremar el rigor en su defensa, hasta el punto de que se ha afirmado reiteradamente que, en caso de duda, procede actuar en su salvaguarda rechazando la inscripción. Pero esta rigurosa doctrina ha sido mitigada en ocasiones al afirmarse que, debido a los efectos devastadores de la nulidad, los defectos meramente formales pueden salvarse siempre que, por su escasa relevancia, no comprometan los derechos individuales del socio. La resolución hace referencia a otras en las que así se entendió. Esta doctrina ha recibido el respaldo legal en la Ley 31/2014, de 3 de

diciembre, modificadora de la LSC al establecer (art. 204.3) que no procede la impugnación de acuerdos sociales por «la infracción de requisitos meramente procedimentales establecidos por la Ley, los estatutos o los reglamentos de la junta y del consejo, para la convocatoria...» salvo que se refieran a la «forma y plazo». Hay que analizar las circunstancias de cada caso. El supuesto ahora analizado trata de una convocatoria de una junta tanto ordinaria de aprobación de cuentas, como extraordinaria de modificación por aumento de capital y traslado de domicilio, en la que el anuncio se refiere a los derechos de información que confiere el artículo 272.2 para las cuentas y el 287 en lo que se refiere a la modificación de estatutos, pero sin mención alguna al especial recogido en el inciso del 301 para el caso de aumento por compensación de créditos que exige expresar el derecho de los socios a examinar el informe del órgano de administración. No cabe entender en este caso que queden cumplidos los requisitos relativos al derecho de información por la referencia genérica a «los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la junta». Además esta omisión es especialmente grave cuando el texto de la convocatoria no ofrece indicio alguno de que el aumento propuesto pueda llevarse a cabo mediante compensación de créditos.

Resolución 30-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro Mercantil de Pontevedra, número III.

SOCIEDADES LABORALES. ADAPTACIÓN.

No puede practicarse la inscripción de un aumento de capital y modificación de dos artículos estatutarios sin la previa inscripción de la adaptación de los estatutos de la sociedad a la Ley 44/2015. El registrador no tiene que expresar en la calificación del documento presentado los concretos preceptos de los estatutos que estuvieran en contradicción con la ley.

Resolución de 31-1-2019

BOE 22-2-2019

Registro Mercantil de Asturias, número I.

JUNTA. FORMA.

Reitera la doctrina del Centro Directivo y del Tribunal Supremo de que la previsión estatutaria sobre la forma de convocatoria de la junta general debe ser estrictamente observada, sin que quepa la posibilidad de acudir válida y eficazmente a cualquier otro sistema. En este caso los estatutos prevén anuncio en el BORME y en uno de los diarios de mayor circulación en la provincia, de forma coincidente a como lo hacía la norma legal entonces vigente. Con posterioridad al establecimiento de la cláusula estatutaria se han producido sucesivas normas al respecto, en un breve espacio temporal, que hay que considerar para resolver si los estatutos han quedado afectados por ellas, aplicando las normas del Código civil sobre interpretación contractual, puesto que los estatutos participan de tal carácter. La última modificación legal (Ley 1/2012) mantiene, como única forma estatutaria sustitutiva de la legal, la de comunicación individual y escrita. Y, por

otra parte, el artículo 12 de los estatutos establecen que, cuando las acciones sean nominativas, el administrador podrá, en los casos permitidos por la ley, suplir las publicaciones establecidas legalmente por una comunicación escrita cumpliendo en todo caso lo establecido por la ley. Coincide esta resolución con la reciente de 17 de octubre de 2018 (modificando el criterio anterior que mantuvo la de 23 de mayo de 2014), concluyendo que, si existe un cambio normativo que afecte en todo o en parte al contenido de los estatutos, la nueva norma se impone sobre su contenido, aunque solo en la parte que fuera incompatible. Por ello debe concluirse, en el presente caso, que la convocatoria realizada a todos los socios mediante correo certificado con aviso de recibo se ajusta a los estatutos sociales interpretados según la regulación vigente y la finalidad y el espíritu de los mismos. No influye en nada el hecho de que en este caso, a diferencia del de la resolución de 17 de octubre de 2018, no hayan asistido todos los socios.

Resolución de 13-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro Mercantil de Madrid, número IX.

JUNTA. VÁLIDA CONSTITUCIÓN. CONVOCATORIA POR REGISTRADOR.

En el supuesto contemplado, la determinación de los cargos de presidente y secretario de la junta requiere una votación de los socios y, cuando esta deviene imposible, la junta no puede constituirse ni, por tanto, adoptar acuerdos. Se trata de un caso similar a otros que fueron objeto de resoluciones de la Dirección General, como la existencia de dos listas de asistentes diferentes o dos libros registro de socios. En el ahora analizado se trata de una junta convocada por el registrador. Del acta notarial resulta que existen dos socios y uno de ellos no reconoce la mayoría de capital que el otro afirma ostentar.

Resolución de 14-2-2019

BOE 12-3-2019

Registro Mercantil de Barcelona, número IX.

LIQUIDACIÓN. PROYECTO DE DIVISIÓN. PAGO DE LA CUOTA *IN NATURA*.

Existe una junta en la que se adopta, por unanimidad, un acuerdo genérico de adjudicaciones *in natura* en pago de las cuotas de liquidación en proporción a los porcentajes de participación de cada socio, sin siquiera determinar la forma en que han de hacerse. En otra junta posterior se aprueba, con oposición de determinados socios, el balance final de liquidación y la propuesta de reparto del haber social realizada por el liquidador. El Centro Directivo confirma la calificación del registrador. Dirigida la liquidación a la determinación de la existencia o inexistencia de un remanente de bienes repartible entre los socios para, previa satisfacción de los acreedores sociales en su caso, proceder a su reparto y a la cancelación de los asientos registrales de la sociedad, se hace imprescindible la formulación de un balance final que debe reflejar fielmente el estado patrimonial de la sociedad una vez realizadas las operaciones liquidatorias que aquella determinación comporta. Ese balance debe someterse a aprobación de la junta general junto a un informe completo sobre dichas operaciones y un

proyecto de división entre los socios del activo resultante. En los casos en que la cuota de liquidación se satisfaga no en dinero sino mediante la adjudicación de bienes concretos, es imprescindible que el acuerdo, que debe ser unánime, se adopte una vez determinado el haber líquido partible, la forma de realizar su división y adjudicación a los socios, y siempre que se haya aprobado el proyecto de liquidación por la junta.

Resolución de 20-2-2019
BOE 13-3-2019
Registro Mercantil de Castellón, número II.

CIERRE REGISTRAL. BAJA EN EL ÍNDICE DE ENTIDADES DE HACIENDA. FALTA DE DEPÓSITO DE CUENTAS.

De conformidad con reiteradísima doctrina de este Centro Directivo (*vid.* resoluciones antes reseñadas), y a la luz de los artículos 282 de la Ley de Sociedades de Capital y 378 del Reglamento del Registro Mercantil, el incumplimiento de la obligación del depósito de las cuentas anuales lleva aparejada la sanción del cierre registral, de modo que ningún acuerdo o documento de la sociedad podrá ser inscrito en tanto persista el incumplimiento, salvo las excepciones legalmente establecidas, entre las que no se halla ni el nombramiento del nuevo administrador, ni una modificación de estatutos. En cuanto a la situación de baja en el Índice de Hacienda, la regulación actual se contiene en el artículo 119.2 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto de Sociedades con un contenido idéntico al de su precedente y se completa con el artículo 96 RRM. Vigente la nota marginal de cierre por baja provisional en el Índice de Entidades, no se puede practicar ningún asiento en la hoja abierta a la sociedad afectada, salvo los asientos ordenados por la autoridad judicial y la certificación de alta en dicho Índice. Por tanto, este cierre impide la inscripción tanto del nombramiento del nuevo administrador como la del cese del anterior. Las consecuencias de este cierre difieren de las que se producen en el caso de cierre por falta de depósito de cuentas (arts. 282 LSC y 378 RRM) en el que se admite como excepción también la inscripción del cese o dimisión de administradores, aunque no el nombramiento de los que hayan de sustituirles.

Resolución de 21-2-2019
BOE 14-3-2019
Registro Mercantil de Madrid, número IV.

LEGALIZACIÓN LIBROS. LIBRO DE ACTAS. CIERRE DE LIBRO LEGALIZADO EN BLANCO.

La resolución recoge toda la doctrina anterior derivada de la Ley 14/2013 de Emprendedores, Instrucciones de 12 de febrero y 1 de julio de 2015, resolución de consulta de 23 de julio de 2015, en cuanto al tránsito del sistema anterior al actual. Para ejercicios societarios abiertos a partir del día 29 de septiembre de 2013, la presentación telemática de los libros obligatorios en formato electrónico debió realizarse conforme al nuevo sistema, sin que sea posible la legalización previa de libro en formato papel y en blanco. Por excepción, los libros previa-

mente legalizados en blanco podían ser utilizados hasta el cierre del ejercicio correspondiente, momento en el que debían cerrarse, aperturándose nuevos libros en el nuevo formato. Si el libro no se cerró y se han seguido practicando asientos con posterioridad a dicha fecha, pero no más tarde del 31 de diciembre de 2014, no procedía una nueva legalización; por el contrario si el libro no se cerró y se ha continuado plasmando asientos correspondientes a ejercicios iniciados con posterioridad al 1 de enero de 2015, debió procederse al cierre del libro con traslado de estos últimos asientos al nuevo libro que ha de aperturarse en formato electrónico. En el supuesto ahora contemplado, se presenta telemáticamente a legalización un libro de actas correspondiente al ejercicio 2017. Debe acreditarse la íntegra utilización del libro anteriormente legalizado en blanco. Para ello se aporta certificación del órgano de administración haciendo constar que dicho libro fue cerrado en fecha 20 de julio de 2017. Es evidente la incorrección de esta fecha, pues debió coincidir con la de cierre del ejercicio comenzado antes del 29 de septiembre de 2013 y, como máximo, en fecha 31 de diciembre de 2014.

Resolución de 26-12-2019

BOE 26-3-2019

Registro Mercantil de Alicante, número II.

DENOMINACIÓN. OBJETO SOCIAL.

Se trata de una sociedad denominada «Favorit Car SL» que modifica su objeto social suprimiendo ahora una de las anteriores actividades, «venta de vehículos». La inclusión en la denominación social del término «Car» puede inducir a error, por su extendida utilización para identificar a empresas que tienen en los vehículos automotores el objeto de su actividad. El Reglamento del Registro Mercantil establece limitaciones para la elección de la denominación social para evitar que pueda inducir a error; entre otros aspectos, sobre las actividades que constituyen su objeto.

Resolución de 27-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro Mercantil de Pontevedra, número III.

REDUCCIÓN DE CAPITAL. OPERACIÓN ACORDEÓN.

La operación de reducción de capital para compensar pérdidas no pierde su autonomía conceptual por el hecho de que se enmarque en la más global de reducción y aumento simultáneo. En consecuencia son de aplicación las medidas de protección previstas en el ordenamiento tanto para socios como para acreedores, en concreto, la verificación por auditor del balance que sirve de base a la operación. Pero se puede prescindir de este requisito cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios y cuando los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad, a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital que iguale o supere la cifra de capital inicial. En cuanto a las repercusiones para los socios de una operación acordeón, aunque se refuerza su derecho de asunción preferente, que debe respetarse en todo caso, pueden llegar incluso a

motivar su exclusión como socio. Ello no es objetable, pero las pérdidas deben ser acreditadas en su existencia y cuantía mediante un balance referido a una fecha comprendida dentro de los seis meses inmediatamente anteriores al acuerdo y aprobado por la junta general, previa verificación de aquel por auditor que habrá de pronunciarse, entre otros extremos, sobre la existencia de cualquier clase de reservas en el balance de la sociedad que podrían ser obstáculo a la reducción. Pero esta verificación es una medida tuitiva renunciabile por todos los socios. No es este el caso, puesto que el acuerdo ha sido adoptado solo por una socia que representa el 75% del capital.

Resolución de 27-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro Mercantil de Palma de Mallorca, número III.

OBJETO SOCIAL. ACTIVIDADES CON RESERVA LEGAL. CONSULTORÍA FINANCIERA.

La Dirección General tiene elaborada una doctrina sobre la inscribibilidad de actividades con reserva legal en el sentido de que es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de las disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado. En consecuencia, desde el momento fundacional, la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de todas las actividades que integran su objeto social. Y esto es especialmente importante en supuestos como el analizado, en el que el legislador ha tenido especial empeño en acotar las actividades sujetas a régimen especial, como las de las empresas de servicios de inversión y, específicamente la de asesoramiento en materia de inversión, y actividades auxiliares, como asesoramiento a empresas sobre estructura del capital, estrategia industrial y asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas. Para que una actividad como estas quede excluida de la aplicación de la ley especial, (Real Decreto Legislativo 4/2015 del Mercado de Valores y Real Decreto 217/2008) es preciso que los estatutos lo manifiesten de forma expresa. La actividad de consultoría o asesoría financiera equivale a asesoría en materia de inversión. La exclusión de actividades específicas que sitúen a la actividad de la sociedad fuera de la previsión legal de reserva de actividad exige una previsión estatutaria específica.

Resolución de 28-2-2019

BOE 26-3-2019

Registro Mercantil de Madrid, número I.

PODER. ADMINISTRADORES MANCOMUNADOS.

La Dirección General ha resaltado la clara diferenciación entre la representación orgánica y la voluntaria admitiendo, en principio, que en una misma persona puedan confluir, de manera simultánea, las condiciones de administrador y de apoderado. Pero debe analizarse cada caso concreto por las dificultades de armonización de ambas figuras (posibilidad de revocación o modificación del

poder, exigencia de responsabilidad, subsistencia del poder más allá de la duración del cargo). Así, ha rechazado que los administradores mancomunados, puedan otorgarse poder para seguir actuando conjuntamente como apoderados y con las mismas facultades que ya podían ejercitar como representantes orgánicos. Pero no es este el caso en el supuesto analizado que el Centro Directivo considera admisible, en el que los dos administradores mancomunados confieren poder a uno de ellos, y a otra serie de personas, atribuyéndole facultades para su ejercicio de forma conjunta con cualquier persona que tenga las mismas facultades, pero excluyendo en todo caso al otro administrador mancomunado.

Resolución de 28-2-2019.

BOE 26-3-2019

Registro Mercantil de Sevilla, número III.

CERTIFICACIÓN DE ACUERDOS. FORMA DE CONVOCATORIA. DERECHO DE SEPARACIÓN.

Para la interposición del recurso contra la calificación del registrador es necesario acompañar, junto al escrito de recurso, el título objeto de la calificación, original o por testimonio. En caso de falta de aportación debe requerirse al interesado para que lo haga en plazo de diez días con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición (art. 68.1 Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo). La certificación de los acuerdos sociales debe estar expedida por el órgano de administración, pero no por el secretario de la junta. Y ello aunque conste el visto bueno del administrador pues ni dicha posibilidad está prevista, ni cabe deducir indubitadamente que el administrador hace suyo, con la asunción de responsabilidad inherente, el hecho de su expedición, sus circunstancias y su contenido. Cuando los estatutos concretan la forma de convocatoria de la junta general o, como ocurre en el supuesto analizado, se remiten al contenido de la Ley, no se puede acudir a cualquier otro sistema (en este caso la entrega personal con firma del recibí), goce de mayor o menor publicidad. En caso de modificación del objeto social han de cumplirse las previsiones legales relativas al ejercicio del derecho de separación en relación a los socios que no hayan votado a favor del acuerdo. En este caso, la introducción en el objeto social de actividades como la correduría de seguros o la actividad inmobiliaria implica la modificación sustancial del objeto social por referirse a realidades económicas y jurídicas distintas de las que hasta entonces han regido la vida social.

Resolución de 1-3-2019

BOE 28-3-2019

Registro Mercantil de Asturias, número II.

FUSIÓN. SOCIEDAD ÍNTEGRAMENTE PARTICIPADA. FUSIÓN INVERSA.

Se trata de una fusión en la que la sociedad absorbente está íntegramente participada por la sociedad absorbida, que se encuentra en liquidación. La sociedad absorbente aumenta capital con cargo a reservas al solo efecto de canje, atribuyéndose a los socios de la absorbida participaciones equivalentes a su participación en la sociedad extinguida. El procedimiento establecido para las

modificaciones estructurales va dirigido a la protección de los diferentes intereses que pueden verse afectados (socios capitalistas con o sin prestaciones accesorias, socios con privilegios, socios industriales, titulares de derechos especiales o tenedores de títulos, administradores, trabajadores, acreedores). Ante situaciones exentas de complejidad ese procedimiento puede ser simplificado, como es el caso de absorción de una sociedad por otra que sea titular de forma directa o indirecta de la absorbida (art. 49 Ley 3/2009 de Modificaciones Estructurales), con supresión de determinados requisitos formales y de información. Resulta también innecesario el aumento de capital de la sociedad absorbente (art. 23.2), porque, siendo esta titular de la integridad del capital de la sociedad absorbida, no existe aportación o contrapartida alguna que justifique la emisión de nuevas acciones o participaciones (lo que a su vez justifica la exención de requisitos del proyecto de fusión relativos al capital, su aumento, emisión y canje). Y tampoco es necesario el acuerdo de las juntas generales de la sociedad absorbida al no existir otros intereses de socio distintos de aquellos que corresponden a los socios de la sociedad absorbente. Esta situación se asimila (además de a la fusión gemelar) a la fusión inversa, en la que es la sociedad absorbida la titular de todo el capital de la absorbente (art. 52.1). Pero no es del todo idéntica, pues deben atribuirse acciones o participaciones de la absorbente a los socios de la absorbida aun cuando no exista aumento de capital. Por ello la aplicación del artículo 49 debe acomodarse a esta especial circunstancia. Se aplica la exención de requisitos formales o de aumento de capital en la sociedad absorbente. Pero la situación de inversión se traduce en la innecesidad de junta general de la sociedad absorbente y en la necesidad de junta general de la sociedad absorbida al ser los intereses de sus socios los únicos afectados por la reforma estructural. En cuanto al aumento de capital efectuado en el supuesto resuelto, la ley permite una compensación en metálico cuando, como consecuencia del tipo de canje, no exista una correspondencia que permita la atribución de un número entero de acciones o participaciones de la sociedad absorbente. El Centro Directivo estima que si esta cuenta con reservas suficientes, no existe inconveniente en que esas diferencias se cubran con un aumento de capital siempre que dicha previsión conste en el proyecto de fusión y se respete la limitación cuantitativa derivada del artículo 25.2. En este caso sería suficiente el balance utilizado para la fusión si ha sido aprobado por la sociedad que se fusiona y que además va a ser aprobado junto al acuerdo de fusión. Y tampoco sería necesaria la verificación por ajuste de tipo de canje, puesto que la Ley 3/2009 solo la prevé en relación a las sociedades obligadas. Se entiende entonces que no es preciso que se cumplan las previsiones del régimen general del aumento de capital con cargo a reservas (fecha del balance y verificación por auditor, artículo 303.2 LSC), dado que el aumento se ha llevado a cabo en el seno de un procedimiento mucho más exigente que un aumento ordinario.

Resolución de 6-3-2019
BOE 28-3-2019
Registro Mercantil de Córdoba.

AUMENTO DE CAPITAL. BENEFICIOS.

En virtud del principio de realidad del capital social, no cabe crear participaciones sociales que no respondan a una efectiva aportación patrimonial a

la sociedad. El aumento de capital con cargo a reservas es una modalidad de autofinanciación empresarial caracterizada por una simple operación contable. Pero un requisito esencial para la capitalización de las reservas, incluidas las constituidas por prima de asunción o por los beneficios (tienen la consideración de recursos propios), no es solo que tengan la consideración de recursos propios, sino también que sean de libre disposición, puesto que la capitalización es una de las formas a través de las que la sociedad ejerce su facultad de libre disposición sobre ellas, como lo es el reparto entre los socios. Pero esa libre disponibilidad de las reservas viene limitada por la función que están llamadas a desempeñar: la cobertura de pérdidas contabilizadas. Y si no son plenamente disponibles no reúnen los requisitos legalmente exigidos para su capitalización por el artículo 303.1 de la Ley de Sociedades de Capital. De ahí que la verificación contable del balance que sirve de base al aumento del capital constituye un requisito exigido en interés no solo de los socios sino, especialmente, de los acreedores sociales.

Resoluciones publicadas en el DOGC

Por María TENZA LLORENTE

Resolución de 6-2-2019

DOGC 18-2-2019

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 1.

CENSOS. DIVISIÓN DE CENSOS.

En primer término, por lo que respecta al procedimiento, la Dirección General de Derecho acoge la postura del Centro Directivo en cuanto a que el recurso no es el mecanismo para resolver sobre la procedencia o improcedencia de un asiento ya practicado y su conformidad a Derecho, en aras al respeto de los principios de legitimación y la presunción de exactitud del contenido del Registro. Así, según el fundamento de Derecho segundo de la resolución de 2 de enero de 2019, por todas, señala el Centro Directivo *que una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria), por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados*. Por lo que respecta al fondo, esta cuestión ha sido tratada en múltiples resoluciones a cuyo comentario es preciso remitirse, pues no hace sino reiterar que no es posible la práctica de asientos que afecten a censos no vigentes, bien por no haberse acreditado su existencia o bien por no haberse procedido a su división en los plazos establecidos por las disposiciones transitorias primera y tercera de la Ley 6/1990, de 16 de marzo y la Decimotercera de la Ley 5/2006, de 10 de mayo. De este modo, la resolución 952/2017, de 17 de abril¹, cuyo supuesto de hecho lo constituye una instancia mediante la cual se solicita la cancelación de un censo por prescripción sobre un

piso, al haber transcurrido un año desde la entrada en vigor del Libro V. Este censo procedía de una finca que había sido objeto de diversas modificaciones de entidades hipotecarias, la última de las cuales fue una segregación practicada en 1973 que dio lugar a la matriz. Constaba dividido el censo en el año 1961 y acreditada su vigencia por nota al margen en el año 1995, por lo que la Dirección General de Derecho entiende procedente su cancelación, siguiendo la doctrina sentada por las resoluciones de 24 de noviembre de 2006 y 1, 2 y 3 de diciembre de 2008. Asimismo, en las resoluciones de 12 de junio de 2014² y 14 de mayo de 2015³ entiende la Dirección General que no procede la práctica de operación registral alguna en relación al caso motivado por la presentación de documentos por los que los censalistas pretendían hacer constar un domicilio a efectos de notificaciones de censos cuya vigencia había quedado acreditada pero que no habían sido divididos. Esta doctrina es de suma importancia desde el punto de vista de la práctica registral a tenor de lo establecido en el artículo 565-11.4, en redacción dada por Ley 3/2017, de 15 de febrero, según el cual el plazo de diez años de prescripción de las pretensiones del censalista, motivo de extinción del censo, *puede interrumpirse por notificación notarial al censatario o bien por nota al margen de la inscripción del censo, que debe practicarse en virtud de una instancia firmada por el censalista con este fin*. La práctica de esta nota marginal⁴, por tanto, no será posible en casos como los resueltos por estas Resoluciones. En resumen, cuando no constare practicada la división del censo antes del 1 de julio de 2007, no puede practicarse asiento alguno, siendo procedente la cancelación aun cuando conste en el historial registral la nota de vigencia de censo y asientos ulteriores atinentes a tal derecho.

NOTAS

¹ Ver Boletín SERC núm. 187, mayo-junio 2017; páginas 26 a 33.

² Ver Boletín SERC núm. 171, mayo-junio 2014, página 22 y sigs.

³ Ver Boletín SERC, núm. 177, mayo-junio 2015, página 31 y sigs.

⁴ Ya se han presentado instancias con este fin en los Registros de la Propiedad.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

La guarda para la adopción y las relaciones personales de menores «preadoptados» con la familia biológica

The guard for the adoption and personal relations of minors with the biological family

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Existe un derecho de relaciones personales de la abuela con sus nietas que se encuentran en régimen preadoptivo, llamado actualmente guarda para la adopción, pues en base al interés superior del menor *no consta* que mantener contacto con su abuela vaya a resultarles perjudicial en el proceso de adaptación e integración en la eventual familia adoptiva.

ABSTRACT: *There is a right of personal relationships of the grandmother with her granddaughters who are in a preadoptive regime, currently called for adoption, because based on the best interests of the child there is no evidence that maintaining contact with her grandmother will be harmful to them in the process of adaptation and integration in the eventual adoptive family.*

PALABRAS CLAVE. Relaciones personales. Abuelos. Familia biológica. Menores. Acogimiento preadoptivo.

KEY WORDS *Personal relationships. Grandparents. Minor biological family. Preadoptive fostering.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA.—II. EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS EN LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.—III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES EN LA GUARDA O ACOGIMIENTO.—IV. LA SUPERIOR VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA.—V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN DESAMPARO: REUNIFICACIÓN FAMILIAR VS. GUARDA PARA LA ADOPCIÓN.—VI. DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS: NO CABE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE NIETOS.—VII. APROXIMACIÓN A LA FAMILIA BIOLÓGICA y ALTERACIÓN DE LA ESTABILIDAD EMOCIONAL DE LOS MENORES.—VIII. ACOGIMIENTO FAMILIAR PREADOPTIVO QUE QUEDA SIN EFECTO PARA QUE EL NIÑO CONVIVA CON SU FAMILIA BIOLÓGICA.—IX. CONCLUSIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADOS).—XII. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La publicación de la Ley de 2003 de modificación del Código civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos supuso a principios del siglo XXI el reconocimiento de las relaciones personales del menor y del menor acogido con sus abuelos. Modificación que introdujo la eliminación del exiguo tratamiento existente en nuestro Código civil a las relaciones de los nietos con sus abuelos imprescindibles en su desarrollo personal. El espíritu de la Ley, expresado en su Preámbulo, puso de manifiesto como el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales que, aunque preferentes, no pueden aislarse y entorpecer el resto de relaciones familiares, dando importancia a los abuelos, hermanos, parientes, y a los allegados, pues además de otorgárseles visibilidad, a su vez, se les reconoce sus derechos.

La idea central del legislador de 2003 era que los abuelos podían prestar una ayuda inestimable a sus nietos, ya fuera en las situaciones de crisis matrimonial como sin la existencia de esta ruptura matrimonial, y no solo por el grado de máxima proximidad de parentesco sino sobre todo por su experiencia vital.

No obstante, hace casi cuatro años, el artículo 161 del Código civil fue nuevamente redactado por el apartado once del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que posibilitó que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regulase este derecho (que engloba visitas y comunicaciones) también respecto a los *menores en situación de desamparo*, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

Para acordar dicha supresión temporal del derecho tanto el director del centro de acogimiento residencial o la familia acogedora u otros agentes o profesionales implicados deberán informar a la Entidad Pública de cualquier indicio de los efectos nocivos de estas visitas sobre el menor, pues como hemos indicado la medida debe estar motivada. Y además tanto el menor, como los afectados y el Ministerio Fiscal podrán oponerse a dicha resolución administrativa de supresión temporal del derecho de relaciones conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Dicha reforma de 2015 introduce en el artículo 160, 1.º *in fine* del Código civil español, también la posibilidad de que los *menores adoptados por otra familia*, solo puedan relacionarse con su familia de origen en los términos previstos en el artículo 178.4 del Código civil.

Precepto que es precisamente objeto de nuestro estudio de hoy. Así la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia introduce la posibilidad de que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se pueda acordar por el juez al constituir la adopción el mantenimiento de *alguna forma de relación o contacto* a través de *visitas o comunicaciones* entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la familia adoptiva, *favoreciéndose especialmente*, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

El juez será el encargado de determinar la periodicidad, duración y condiciones del derecho de relaciones personales, su modificación o finalización a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal, y, además, con el consentimiento de la familia adoptiva (que se contendrá en la declaración de idoneidad) y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años. Como todas las medidas de protección que afectan al menor, la Entidad Pública deberá remitir al juez informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como propuestas de mantenimiento o modificación de las mismas durante los dos primeros años, y, transcurridos estos, a petición del juez.

II. EL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS EN LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

La señalada reforma de 2015 ha suprimido el *acogimiento preadoptivo* siendo sustituido por la *guarda con fines de adopción*. Uno de los principios inspiradores de dicha ley y que se destaca en el propio Preámbulo, fue el de otorgar prioridad al acogimiento familiar respecto al residencial ya que el menor necesita un ambiente familiar para un adecuado desarrollo de su personalidad en todo tipo de menores. Se incide específicamente en que si son menores de seis años, y de forma aún más señalada e imprescindible si son menores de tres, la *conveniencia* se torna en *necesidad ineludible* salvo que el acogimiento residencial convenga más al interés superior del menor. Se trata por consiguiente de *evitar* que el menor permanezca en el centro de protección y, que los trámites se alarguen y que el menor crezca en un ambiente institucionalizado.

Este tipo de *adopción abierta* supone una adopción plena pero manteniendo el contacto y las comunicaciones, en nuestro caso con la abuela, una vez que ha habido consentimiento por parte de todos.

El juez será el encargado de otorgar este derecho de relaciones personales de la abuela con sus nietos estableciendo su frecuencia, el momento evolutivo y la edad de los menores y sus necesidades. Prima el interés del menor y no el de la abuela. Es por consiguiente el juez el que a tenor de los informes de los expertos decidirá. De esta forma se constituye una adopción abierta cuya apertura dependerá de la situación del menor y su modificación también dependerá del menor y de su desarrollo madurativo¹.

III. EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE RELACIONES PERSONALES EN LA GUARDA O ACOGIMIENTO

Cabe indicar dos cuestiones. El derecho de relaciones personales ha evolucionado cualitativa y cuantitativamente en los últimos tiempos, ya que del mero *derecho de visita* que en 1981 se otorgaba al progenitor no guardador tras la separación o divorcio... cuarenta años después implica el mantenimiento de todo tipo de relaciones personales que engloba no solo la *visita* sino también el *derecho de comunicación* (y dentro de él tengamos en cuenta el amplio uso de *internet* —correo electrónico— y de todo tipo de *redes sociales* que posibilitan tener contacto directo y a distancia entre el menor y la familia de origen) y el *derecho de estancias prolongadas*.

Además se posibilita el ejercicio de este derecho de relaciones personales a los menores, hermanos, abuelos, parientes y allegados, y no solo tras la ruptura matrimonial o de convivencia sino también en los casos de desamparo de menores, e incluso hasta cómo vamos a ver, su introducción en una familia diferente a la de origen con visos y encaminada hacia la adopción.

Estamos ante una medida de protección de menores que resuelven aquellos casos de menores sujetos en principio a una medida de protección temporal pero que se puede alargar en el tiempo y por consiguiente contraria a los principios establecidos en la Ley de 2015, que recordemos que tenía como finalidad establecer medidas de protección estables y definitivas, frente a las temporales, que doten de estabilidad a los menores².

Serán los equipos psicosociales los que *analicen* los deseos del menor, los de la familia adoptiva, los de la familia de origen así como la calidad y la seguridad del contacto e *informen* (incluyendo el diagnóstico y la valoración previa y previsible de la medida) al juez que será quien establezca la medida de protección, la guarda preadoptiva con derecho de relaciones personales con la familia biológica o con alguno de sus miembros. Informes realizados por técnicos especialistas que deben ir seguidos de la revisión y del seguimiento de los casos como toda medida de protección que afecta a menores.

Y aquí es donde entra en juego la labor del Ministerio Fiscal quien según la Ley 26/2015 es el superior vigilante de la actuación administrativa en protección de menores y quien, además, podrá solicitar informes adicionales a los presentados por la Entidad Pública. La duda estriba en los medios económicos existentes en cada comunidad autónoma para que tales medidas se puedan realizar de manera efectiva, de modo que la labor del legislador estatal no quede en papel mojado o en una actuación meramente simbólica sin posibilidad de llevarse a cabo, pues deberá comprobar, *al menos semestralmente*, la situación del menor y promoverá ante la Entidad Pública o el juez, según proceda, las medidas de protección que estime necesarias (art. 174 CC).

El derecho de relaciones con carácter abstracto puede ser considerado como no beneficioso en sí mismo, no obstante al analizar caso por caso, puede favorecer el desarrollo psicológico, emocional y madurativo del menor otorgándole seguridad en la integración de la nueva familia, quien al aceptarla supondrá un apoyo en el niño.

Prima, como se desprende de la regulación legal, el actuar siempre en el interés superior del menor: que el niño no sufra en un centro de acogida indefinidamente donde va creciendo sin el apoyo familiar tan importante durante los primeros años de vida, o que continúen esperando volver con su familia que puede no llegar a producirse por no existir un cambio (social, económico...) en

su familia de origen, y, a su vez, posibilitar que familias que quieren adoptar lo consigan o que familias que quieran «algo más que guardar» consigan un vínculo definitivo con el menor.

Y en cuanto a la familia de origen puede que con esta medida asientan en la adopción analizando que no pueden hacerse cargo de sus hijos por encontrarse en una situación de la que en el plazo de dos años establecido no van a poder salir en detrimento de los menores, pudiendo continuar con el derecho de relaciones con sus hijos, siempre que así lo establezca el juez. Nos referimos a los supuestos de entrega voluntaria de la guarda introducido en el artículo 172 bis del Código civil³.

IV. LA SUPERIOR VIGILANCIA DEL MINISTERIO FISCAL Y LA IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

Centrándonos en la sentencia objeto de comentario debemos exponer el supuesto de hecho cuyo protagonista es la abuela de *cinco menores declarados en situación de desamparo*.

La resolución de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía estableció su derecho a mantener relaciones personales con carácter supervisado con sus nietos menores: Fidela, Raquel y José Enrique con una periodicidad mensual en el Espacio Facilitador de Relaciones Familiares, en horario de 16.00 horas a 17.00 horas, pero dicha resolución no se pronunciaba respecto a sus relaciones con sus otras dos nietas, más pequeñas, Dolores y Mercedes. Los tres primeros se encontraban en acogimiento con familia extensa, frente a las dos más pequeñas que se encontraban en acogimiento preadoptivo, adaptado tras la reforma a guarda para la adopción, al haberse declarado la inidoneidad de la actora para su acogimiento, y no ser posible el restablecimiento de las relaciones con su familia biológica.

Los informes técnicos consideraban en este supuesto de hecho que era contraproducente para las menores, dada la fase en la que se encontraba el expediente de protección, que se mantuvieran relaciones con la familia biológica, pues ello aunque sería beneficioso para la abuela, sería perjudicial para los intereses de las menores, y en concreto para constituir los necesarios vínculos con la nueva familia.

Informes que corroboró el letrado de la Consejería indicando que la propia redacción del artículo 176 bis, establecía que salvo que conviniera otra cosa al interés del menor, la Entidad Pública procedería a suspender el régimen de visitas con la familia de origen cuando se iniciara el periodo de convivencia preadoptiva, excepto en los casos previstos en el artículo 178.2 del Código civil.

No obstante, el Ministerio Fiscal, tras las pruebas practicadas y en su función de superior vigilante de la situación de los menores, interesó el dictado de una sentencia que estimara la demanda de oposición formulada por la actora, al considerar que aunque las menores se encontraban en acogimiento preadoptivo, ello no impedía la relación con la actora, por cuando incluso se preveía la posibilidad de que incluso en caso de formalizarse la adopción se pudieran mantener relaciones con la familia biológica, en los supuestos previstos en el artículo 178.2 del Código civil.

A su juicio, *no se acreditó que la relación de la actora con sus nietas pudiera perjudicarles, toda vez que no se había aportado ninguna prueba en este sentido*, y de la documental aportada en los autos se constataba que durante el periodo de

tiempo que las menores habían mantenido relaciones personales y visitas con la abuela se habían desarrollado adecuadamente sin ningún tipo de contraindicación o perjuicio para las menores.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN DESAMPARO: REUNIFICACIÓN FAMILIAR VS. GUARDA PARA LA ADOPCIÓN

El *interés superior* del menor es un *derecho sustantivo*, como un principio general de derecho pero también como, hemos indicado anteriormente, como una *norma de procedimiento* en el que están implicados desde los equipos técnicos (médicos, psicólogos, servicios sociales...) y los jurídicos como el Ministerio Fiscal que en última instancia vela por él y el juez que dispone de las medidas adecuadas. En resumen, el interés superior del niño requiere unas garantías procesales —que evalúen la situación del menor—, y un procedimiento que determine las medidas adecuadas a cada supuesto de hecho ajustándolo al mayor beneficio del menor⁴.

Por otro lado, el legislador estatal de 2015 estableció como principio rector en materia de protección de menores la *reunificación familiar*, que se basa en la defensa del derecho del menor a crecer en el seno de su propia familia, (basándose en la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 artículo 6.º; la Declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986, artículo 3.º; el Convenio de los Derechos del Niño, adoptado por la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 en Nueva York y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990...) e introduce diversas instituciones protectoras para mantener al menor en su familia.

El artículo 172 bis establece la *guarda voluntaria* del menor en la institución pública a petición de los propios progenitores, la cual no podrá sobrepasar el plazo máximo de dos años, salvo prórroga por concurrir circunstancias excepcionales, transcurrido el cual, el menor debe regresar con sus progenitores o tutores o ser dictada una nueva medida de protección permanente.

En el artículo 172 ter se recoge la *prioridad del acogimiento familiar respecto al residencial*. Se regula también la posibilidad de acordar, por las Entidades Públicas, *estancias, salidas de fin de semana o vacaciones con familias*, de origen o alternativas, o instituciones adecuadas para los menores en acogimiento y se establece la posibilidad de que, en los casos de desamparo o guarda a petición de los progenitores, la Entidad Pública pueda fijar una cantidad a abonar por los progenitores o tutores en concepto de alimentos y gastos de cuidado y atención del menor.

La introducción de la *apertura en la adopción* en el ordenamiento jurídico español fue una de las novedades más importantes de las que introduce respecto de esta figura de protección. El artículo 176 bis del Código civil fue introducido por el artículo 2.21 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y en él se recoge la figura de la *guarda con fines adoptivos* en los casos en que el menor se encuentra en una situación de desamparo.

Figura que sustituye el anterior acogimiento preadoptivo, que regulaba el antiguo artículo 173 bis 3.º del Código civil, y ha desaparecido de entre las formas de acogimiento familiar del artículo 173 bis del Código civil, para incluirse como una fase del proceso de adopción, siempre y cuando concurren ciertas circunstancias.

Esta sustitución no supone una simple modificación terminológica, pues se persigue con esta figura conseguir que el menor se integre en la que será su familia adoptiva. De ahí que con la *guarda con fines adoptivos* se produce la suspensión del régimen de visitas y relaciones con la familia de origen (arts. 176 bis, 2 CC) salvo excepciones. Pero como no se trata de una adopción definitiva es por lo que las relaciones con la familia de origen no se extinguen, sino que se suspenden, en tanto no se obtenga la resolución judicial constitutiva de aquella.

Las excepciones a esta previsión son las siguientes:

- que convenga hacer lo contrario atendiendo al interés del menor;
- que se dé alguno de los supuestos previstos en el artículo 178.4 del Código civil que se refiere a la posibilidad de acordar el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto entre el menor, los miembros de la familia de origen que se determine y la familia adoptiva.

Adopción que rompe los vínculos jurídicos con la familia de origen y supone la existencia de una nueva relación de filiación con la nueva familia adoptiva, igual a la que existiría con un hijo biológico pero que se compagina con la posibilidad de mantener una *cierta* relación personal, establecida en cada caso *en función de las circunstancias del niño, la familia biológica y la familia adoptiva*. Y esto es, precisamente, lo más difícil de concretar (art. 178, 4.º CC).

El juez va a ser el que al constituir la adopción determine la periodicidad, duración (modificación y finalización) y condiciones de las relaciones personales con la familia de origen. Siempre teniendo en cuenta la propuesta previa de la Entidad Pública de protección de menores o del Ministerio Fiscal. Y, con el consentimiento de la familia adoptiva⁵ (que constará en la declaración de idoneidad) y del adoptando si fuera mayor de 12 años, pues el menor de esta edad será oído de acuerdo con su madurez (*Vid.* SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de julio de 2016).

La forma y planificación de llevar a cabo el mantenimiento de estas relaciones será a través de la Entidad Pública y otras entidades acreditadas a tal fin.⁶ Organismo que deberá durante los dos primeros años, y después a petición del juez, remitirle informes periódicos sobre el desarrollo de las visitas y comunicaciones, así como cualquier propuesta de mantenimiento o modificación de las mismas. (*Vid.* SAP de Tarragona, Sección 1.ª, 10/2017 de 12 de enero de 2017, SAP de Málaga, Sección 6.ª, de 14 de diciembre de 2017, sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Toledo, sentencia 63/2017 de 12 de abril de 2017).

En todo caso la suspensión o supresión de las visitas o comunicaciones podrá ser solicitada por la Entidad Pública, la familia adoptiva, la familia de origen y el menor con suficiente madurez y, en todo caso, el mayor de 12 años que será determinada por el juez (STS, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018)⁷.

VI. DERECHO DE RELACIONES PERSONALES DE LOS ABUELOS: NO CABE LA DIFERENCIACIÓN ENTRE NIETOS

La ley de 2015 también recordó la posibilidad de otra modalidad de tutela que es el *acogimiento familiar del menor dentro de la misma familia extensa*.

La medida señalada es una medida de protección de los menores donde se concreta la posibilidad de ser acogidos por un miembro de su propia familia

biológica extensa, siendo el medio ideal para evitar el acogimiento residencial, y que se proporciona en un ambiente conocido. En esta forma de protección priman las múltiples ventajas que se obtienen al preservarse el ambiente familiar al vivir con personas no solo conocidas sino de confianza, con quienes les une lazos de sangre y afectivos y que tienen una común identidad cultural... Los familiares a los que se suele recurrir son los/as abuelos/as y/o tíos/as.

Tras la declaración del desamparo y la solicitud de acogimiento por el familiar se examinará y valorará la conformidad del menor, la idoneidad del familiar (se le someterá a un estudio valorativo de sus circunstancias sociales y psicológicas), el vínculo afectivo entre ambos... Siempre teniendo en cuenta que este tipo de acogimiento va a dotar al menor de estabilidad al continuar manteniéndose la relación con los demás miembros de la familia.

Medida de protección que no se solicita en la sentencia objeto de comentario, sino que simplemente se persigue por la abuela la consecución del derecho a mantener relaciones y visitas con todos los nietos y no solamente con los tres mayores, solicitando la revocación de la resolución recurrida y pidiendo que se le otorgue el derecho de «relaciones y régimen de visitas entre los abuelos y todos sus nietos Fidela, Raquel, José Enrique, Dolores y Mercedes».

Y en esa línea le dió el Juzgado la razón en la sentencia el 8 de junio de 2016, indicando que «como mínimo en la misma forma y periodicidad prevista para el resto de sus nietos, dándose cumplimiento de forma inmediata» se otorgase por la Entidad Pública el régimen de comunicaciones y visitas solicitado por la abuela con las dos nietas pequeñas. Confirmando dicha sentencia la sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Granada en la sentencia de 21 de julio de 2015.

VII. APROXIMACIÓN A LA FAMILIA BIOLÓGICA Y ALTERACIÓN DE LA ESTABILIDAD EMOCIONAL DE LOS MENORES

Uno de los parámetros necesarios para que el juez pueda otorgar el mantenimiento de relaciones personales con algún miembro familiar cuando el menor se encuentra en un supuesto de guarda para la adopción es que el mantenimiento de los contactos con la familia biológica *no suponga una alteración emocional* en los menores. Y ejemplo de ello lo tenemos en la STS de 14 de febrero de 2018⁸, que establece que en el acogimiento familiar preadoptivo, se mantiene la suspensión de las visitas de los padres biológicos de los menores porque están plenamente integrados con otra familia. Se expone en la sentencia que «por encomiable que sea la voluntad de los progenitores por recuperar la proximidad de sus hijos, debe evitarse colocar a estos en una situación de riesgo ya que podría alterar su estabilidad emocional y debe prevalecer su superior interés».

El propio juzgador enfatiza que no se ha analizado la posible repercusión negativa que podría tener sobre los menores esta aproximación con sus padres, pues *faltan informes precisos* que provoquen una convicción suficiente de que la medida acordada no provocaría en los menores una desubicación de su actual entorno socio familiar y educativo, en el que se encuentran integrados de forma positiva, superando carencias que sufrieron y que motivaron la situación de desamparo⁹.

VIII. ACOGIMIENTO FAMILIAR PREADOPTIVO QUE QUEDA SIN EFECTO PARA QUE EL NIÑO CONVIVA CON SU FAMILIA BIOLÓGICA

La sentencia de la AP de Asturias, de 10 de marzo de 2016¹⁰ recoge otro supuesto en el que el acogimiento familiar preadoptivo (en la nomenclatura antigua) queda sin efecto para que el niño conviva con su familia biológica. Y ello por la falta de asentimiento de la madre que no está incurso en causa de privación de la patria potestad pues era una adolescente de 15 años que no mostró rechazo hacia su hijo aunque sí inexperiencia. Además muestra una situación personal estable tras un periodo de conductas disruptivas coincidentes con su etapa de menor embarazada e institucionalizada.

Una vez alcanzada la mayoría de edad, no presenta incapacidad ninguna para el ejercicio de una maternidad responsable. Durante el periodo en que estuvo bajo la tutela de la Consejería —por su propio desamparo— actuó como consideró que podía hacerlo para no perder a su hijo y, aunque solicitó ayuda, la Administración no le procuró medios para alcanzar esas actitudes y aptitudes que insistentemente dice que le faltan.

La Audiencia resuelve la entrega inmediata del menor, acompañada de seguimiento y apoyo por parte de la entidad pública que actuará bajo la supervisión del psicólogo.

IX. CONCLUSIONES

I. Desde inicios del presente siglo el derecho de visita del siglo XX ha ido modificándose, ampliándose cuantitativamente en extensión de contenido ya que no solo engloba a la visita en sí misma sino también al derecho de todo tipo de comunicaciones (telefónicas, electrónicas...) y al derecho de estancias largas (vacaciones, verano, periodos largos indeterminados), y, cualitativamente, en número de familiares (hermanos, abuelos, parientes), y allegados (pues cada vez es mayor y diferente la tipología que tiene esta condición).

Derecho que además ha sido ampliado desde el punto de vista del menor con derecho al mismo para su beneficio. Menores inmersos en situaciones de ruptura familiar como sin ella, y sobre todo respecto a los *menores en situación de desamparo*.

II. Tras la declaración de la situación de desamparo del menor y el inicio de una guarda preadoptiva cabe la posibilidad de que cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, se podrá acordar por el juez al constituir dicha guarda con vistas a la adopción, el mantenimiento de *alguna forma de relación o contacto* a través de *visitas o comunicaciones* entre el menor, los miembros de la familia de origen que el juez considere y la familia adoptiva, *favoreciéndose especialmente*, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos.

III. Este tipo de *adopción abierta* supone una adopción plena pero manteniendo el contacto y las comunicaciones, con la familia biológica ampliándose a los abuelos como se establece en la sentencia origen de este comentario.

Se favorece con ello actuar siempre en el interés superior del menor: que el niño no sufra en un centro de acogida indefinidamente, posibilitar que familias que quieren adoptar lo consigan o que familias que quieran «algo más que guardar» consigan un vínculo definitivo con el menor, sin romper las anteriores relaciones.

IV. Corresponde al Ministerio Fiscal como superior vigilante de la situación de los menores intentar mantener el vínculo con el familiar de origen, en el caso objeto de comentario, la abuela. Corresponde a la Entidad Pública la carga de probar y acreditar que en la relación del familiar de origen interesa continuar manteniendo el derecho de relación con los menores no les perjudica ni a ellos, en sí mismos (emocional y psicológicamente, ni a ellos (en la consideración de la relación preadoptiva que está fraguándose).

No obstante, en este proceso de consolidar el mayor beneficio del menor todavía falta camino por recorrer.

X. BIBLIOGRAFÍA

- GÓMEZ BENGOCHEA, B., Aplicación de la nueva legislación de protección de menores: ¿una oportunidad perdida? en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 15194/2018.
- NORIEGA RODRÍGUEZ, L., Estudio legal y jurisprudencial del principio de reunificación familiar tras la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 11313/2018.
- SALVATIERRA OSSORIO, D., Tramitación de expedientes de adopción y necesidad de su asentimiento por los progenitores. Particularidades procesales de su inexistencia y oposición de los padres biológicos. «El caso Asturias», en *Práctica de Tribunales*, núm. 124, Sección Estudios, enero-febrero de 2017, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 110/2017.

XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TS, AP Y JUZGADOS)

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 366/2018 de 15 de junio de 2018, Rec. 4090/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (*La Ley* 68766/2018). ECLI: ES:TS:2018:2206.
- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (*La Ley* 3115/2018). ECLI: ES:TS:2018:404.
- Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.^a, sentencia 10/2017 de 12 de enero de 2017, Rec. 413/2016. Ponente: Francisco Javier OFICIAL MOLINA (*La Ley* 17782/2017). ECLI: ES:APT:2017:1.
- Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, sentencia 1185/2017 de 14 de diciembre de 2017, Rec. 117/2017. Ponente: María Pilar RAMÍREZ BALBOTE (*La Ley* 244952/2017). ECLI: ES:APMA:2017:3745.
- Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.^a, sentencia 582/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 1307/2015. Ponente: M.^a del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (*La Ley* 118223/2016). ECLI: ES:APM:2016:9464.
- Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4.^a, sentencia 88/2016 de 10 de marzo de 2016, Rec. 390/2015. Ponente: Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ (*La Ley* 24465/2016). ECLI: ES:APO:2016:683.
- Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Toledo, sentencia 63/2017 de 12 de abril de 2017, Proc. 155/2016. Ponente: Alfonso ÁLVAREZ SUÁREZ (*La Ley* 24241/2017).

XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Constitución (art. 39)
- Código civil (arts. 176 bis, 178.2)
- Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (art. 19 bis)

NOTAS

¹ GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca: Aplicación de la nueva legislación de protección de menores: ¿una oportunidad perdida? en *Actualidad Civil*, núm. 12, diciembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 15194/2018.

² Recordemos que «el artículo 173 bis redefine las modalidades de acogimiento familiar en función de su duración. Se suprime el acogimiento provisional, que ya no será necesario ante la simplificación del acogimiento familiar, así como el acogimiento preadoptivo que, en definitiva, es actualmente una fase del procedimiento de adopción. Con ello se introduce claridad en los verdaderos supuestos de acogimiento familiar, que quedarán concretados en acogimiento de urgencia, acogimiento temporal (hasta ahora denominado simple), con una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje una prórroga, y acogimiento permanente». Preámbulo de la Ley 26/2015.

³ Precepto que se refiere a aquella situación en la que los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, y solicitan a la Entidad Pública que asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido dicho plazo o la prórroga el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo.

⁴ NORIEGA RODRÍGUEZ, Lydia: Estudio legal y jurisprudencial del principio de reunificación familiar tras la reforma del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, en *Actualidad Civil*, núm. 9, septiembre de 2018, Editorial Wolters Kluwer. La Ley 11313/2018.

⁵ Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, sentencia 582/2016 de 5 de julio de 2016, Rec. 1307/2015. Ponente: M.ª del Rosario HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (La Ley 118223/2016). ECLI: ES:APM:2016:9464. Articular un sistema de contactos, por mínimo que sea, exigirá la intervención de los acogedores, desconociéndose hasta qué punto estarían dispuestos, puesto que en el expediente no han sido siquiera oídos ignorándose, igualmente, en qué modo incidirán las visitas en el entorno de los acogedores.

Puede verse comprometida la estabilidad y equilibrio emocional del menor, factor aquí determinante, pues es el superior interés de Mariano el que ha de hacerse primar, frente al, desde luego legítimo, de D.ª Ángela, a relacionarse con su sobrino nieto.

Por todas las razones expuestas, ha de ser confirmada la sentencia apelada, con desestimación del recurso, sin perjuicio de la posibilidad de que, por acuerdo entre la tía abuela y los familiares de acogida, se lleven a cabo las comunicaciones, o incluso, habida cuenta la edad actual de Mariano, en un futuro más o menos próximo, con libertad y flexibilidad se inicie la relación, contando con la voluntad del niño.

⁶ En la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1.ª, 10/2017 de 12 de enero de 2017, Rec. 413/2016. Ponente: Francisco Javier OFICIAL MOLINA (La Ley

17782/2017) se solicita el régimen de visitas de menor sometido a acogimiento preadoptivo, respecto de abuela paterna. El Tribunal consideró improcedente tal derecho de relaciones personales puesto que los informes aportados valoran positivamente la evolución del acogimiento del menor, no considerando beneficioso para el interés del mismo el establecimiento de visitas con la familia biológica, al considerar que pudieran resultar perjudiciales para el desarrollo integral del niño, provocándole confusión emocional e inseguridad, afectando a la estabilidad familiar que necesita para su desarrollo emocional y personal. Y consideró que *una vez acordada la medida de acogimiento preadoptivo, se han de suspender las visitas y las relaciones con la familia biológica, para conseguir la mejor integración en la familia acogedora, si ello conviene al interés del menor.*

En el mismo sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6.^a, 1185/2017 de 14 de diciembre de 2017, Rec. 117/2017. Ponente: María Pilar RAMÍREZ BALBOTE (La Ley 244952/2017). ECLI: ES:APMA:2017:3745. Suspensión cautelar de visitas y régimen de relaciones familiares. Insiste el Tribunal que «los datos positivos que se acreditan en los progenitores resultan insuficientes frente a la contundencia de los informes sobre la falta de acreditación de un cambio sustancial de la situación. El interés del menor requiere con carácter prioritario máximo la adaptación a la nueva familia, futuros padres adoptivos, y ello en modo alguno puede lograrse si se compagina la relación con la familia biológica por medio de un régimen de visitas».

Incluso hay supuestos muy claros como el de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 6 de Toledo, sentencia 63/2017 de 12 de abril de 2017, Proc. 155/2016. Ponente: Alfonso ÁLVAREZ SUÁREZ (La Ley 24241/2017) que indica que «un régimen de visitas a favor de la abuela y de la madre, es absolutamente incompatible con dicho régimen de acogimiento preadoptivo y es absolutamente incompatible igualmente con el interés superior de la menor, que pasa sí o sí por el mantenimiento de su actual estado administrativo, tanto por el contenido del expediente (que demuestra la idoneidad de la situación actual de la menor siendo altamente satisfactoria su evolución), como por el testimonio prestado en el acto de la vista por la Psicóloga Técnica de Menores encargada de la supervisión del caso, que describe la situación dantesca a la que estaba sometida la menor en su anterior núcleo familiar, formada por una madre presuntamente incapaz, con retraso mental, trastorno límite de la personalidad, con grado de discapacidad del 65% y con rasgos de alcoholismo y de consumo de sustancias tóxicas (cocaína), que entra y sale de centros psiquiátricos, y por una abuela con trastorno bipolar y 66% de incapacidad, lo cual llevaba a los bisabuelos de la menor a tener que cuidar de la misma, estando Lidia expuesta en todo momento a la grave situación de conflicto familiar, plasmada en conductas agresivas, discusiones, con falta absoluta de colaboración de madre y abuela con las instituciones sociales a fin de poder conseguir de nuevo la custodia de la menor, propiciando así situaciones límite como el prolongado absentismo escolar de Lidia e incluso encontrar a la niña vagando por la calle en solitario sin supervisión alguna de algún mayor “responsable”».

⁷ Como así pasó en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ, (La Ley 3115/2018) que desestimada la demanda de oposición a la propuesta de acogimiento familiar preadoptivo, *se mantiene la suspensión de las visitas de los padres biológicos de los menores pues los niños están plenamente integrados con otra familia.* Por encomiable que sea la voluntad de los progenitores por recuperar la proximidad de sus hijos, debe evitarse colocar a estos en una situación de riesgo ya que debe prevalecer su superior interés...».

Pero el TS indica acertadamente que «No se ha analizado la posible repercusión negativa que podría tener sobre los menores esa aproximación con sus padres, ni si ello alteraría su estabilidad emocional».

⁸ Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (La Ley 3115/2018). ECLI: ES:TS:2018:404.

⁹ Afirma que se constata de informes técnicos «un acoplamiento satisfactorio de los menores con su familia acogedora, hasta el punto de estar totalmente integrados en el núcleo familiar actual, con fuertes lazos afectivos entre los menores y los componentes de la familia acogedora».

Al ponderar los intereses de estos, en relación con los de la madre, y partiendo de los informes obrantes en autos que ponen de manifiesto la plena integración de los menores con otra familia con la que han logrado lazos de afectividad, añade que, ante esta realidad «no puede ceder el que la madre haya rehecho su vida o mejorado su situación económica».

Frente al derecho de ella «prevalece el interés de estos de vivir un ambiente de afecto y armonía que no va a encontrar junto a los recurrentes, cuya falta de capacidad y habilidades para cumplir respecto de los menores los deberes de la patria potestad, han quedado patentes».

Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, sentencia 78/2018 de 14 de febrero de 2018, Rec. 1339/2017. Ponente: Eduardo BAENA RUIZ (*La Ley* 3115/2018). ECLI: ES:TS:2018:404.

¹⁰ AP de Asturias, Sección 4.^a, sentencia 88/2016 de 10 de marzo de 2016, Rec. 390/2015. Ponente: Paz FERNÁNDEZ-RIVERA GONZÁLEZ. *La Ley* 24465/2016. ECLI: ES:APO:2016:683.

La pensión compensatoria y su situación actual: cuestiones jurisprudenciales

The compensatory pension and its current situation: jurisprudential issues

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES

Doctor en Derecho

RESUMEN: El presente trabajo supone una visión actualizada de la jurisprudencia y la doctrina sobre la pensión compensatoria. Así, después de la reforma de 1 de julio de 2005, la pensión compensatoria quedó configurada por su carácter temporal, dispositivo y reequilibradora, debiendo acreditarse que, como consecuencia de la separación o divorcio, se produce un empeoramiento económico en uno de los cónyuges en relación con el otro.

ABSTRACT: *The present work supposes an updated vision of the jurisprudence and the doctrine on the compensatory pension. Thus, after the reform of July 1, 2005, the compensatory pension was configured by its temporary, dispositive and rebalancing nature, having to prove that, as a result of the separation or divorce, there is an economic worsening in one of the spouses in relationship with the other.*

PALABRAS CLAVES: Pensión compensatoria. Reequilibrio. Separación o divorcio. Empeoramiento.

KEY WORDS: *Compensatory pension. Rebalancing. Separation or divorce. Worsening.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA: 2.1. CONCEPTO. 2.2. NATURALEZA JURÍDICA.—III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA V.S. COMPENSACIÓN ECONÓMICA: 3.1. PENSIÓN TEMPORAL O POR TIEMPO INDEFINIDO O POR PRESTACIÓN ÚNICA: ARTÍCULO 97.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 3.1.1. *Especial referencia a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio: artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social.* 3.1.2. *Los pactos prematrimoniales sobre la pensión compensatoria.* 3.2. REQUISITOS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA FORMALIZADA ANTE EL SECRETARIO JUDICIAL O EL NOTARIO.—IV. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN POR UNA RENTA VITALICIA, USUFRUCTO DE DETERMINADOS BIENES O POR UN CAPITAL EN BIENES O DINERO: ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO CIVIL.—V. LA ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: 5.1. POR ALTERACIÓN EN LA FORTUNA DE UNO DE LOS CÓNYUGES: ARTÍCULO 100.1 DEL CÓDIGO CIVIL.

5.2. POR ACTUALIZACIÓN PACTADA EN EL CONVENIO REGULADOR: ARTÍCULO 100.2 DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: ARTÍCULO 101.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 6.1. POR EL CESE DE LA CAUSA QUE LO MOTIVÓ. 6.2. POR CONTRAER EL ACREEDOR NUEVO MATRIMONIO O POR VIVIR MARITALMENTE CON OTRA PERSONA.—VII. LA TRANSMISIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: ARTÍCULO 101.2 DEL CÓDIGO CIVIL.—VIII. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 97 del Código civil conforme a la redacción de 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*¹. Este precepto estableció el derecho del cónyuge ante la separación o divorcio que produzca un desequilibrio económico, a una pensión que se fijará en la resolución judicial, conforme a ocho supuestos en los que se ha de basar dicha pensión, concluyendo el artículo 97 del Código civil, que la resolución fijará las bases para actualizar la pensión, sus garantías y su efectividad.

Inicialmente se regulaba en el artículo 91.1 del Código civil la posibilidad de que el juez, en defecto de acuerdo expreso entre los cónyuges, puede establecer una serie de medidas previas o provisionales, y en los artículos 97 a 101, ambos inclusive, ante los supuestos contenciosos de separación o divorcio o sin convenio entre las partes, es decir, el llamado sistema de divorcio como sanción por culpa. En este supuesto el cónyuge podía solicitar una pensión que se fijaba en la sentencia atendiendo a las circunstancias previstas en los ordinales 1.º a 8.º del artículo 97, además de fijar las bases para su actualización, garantías y efectividad.

El vigente artículo 97 del Código civil, se rige según la *Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*², y añade el párrafo final del antedicho artículo 97, *por la Disposición Final 1.25 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*³. La nueva redacción incorpora la expresión «compensación» en contraposición a la utilizada en la anterior redacción del mismo artículo «pensión», pues ambos preceptos mantienen análoga redacción: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la pensión del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. [...]».

La nueva redacción del artículo 97 del Código civil prevé la compensación económica en beneficio de uno de los cónyuges perjudicados tras la separación o divorcio. Aquí el perjuicio es sinónimo de un desequilibrio económico que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, que, si existe acuerdo entre ambos cónyuges (convenio regulador), no hay problema, pero si falta dicho convenio será el juez, dice el artículo 97.1 del Código civil, quien determinará el importe en atención a las siguientes circunstancias, 1.ª a 9.ª ordinales que regula el mentado artículo 97.1 del Código civil, destacando en este sentido que la compensación puede ser un tanto alzado que desaparece cuando llega un término pactado; en cambio, la pensión se prolonga en el tiempo y, por tanto, exige los mecanismos de actualización, garantía y extinción⁴.

II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

2.1. CONCEPTO

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha elaborado un concepto de pensión compensatoria o, en su caso, compensación económica. Posiblemente, porque su regulación actual, como su precedente de igual cardinal y de análoga redacción, se aprecia un concepto descriptivo consistente en otorgar una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según determine el convenio regulador o la sentencia, siempre que se produzca la relación causa efecto⁵, esto es, el cónyuge que, por separación o divorcio, reciba un desequilibrio económico que implica un empeoramiento en su situación (causa) tendrá derecho a una compensación (efecto).

A colación de lo expuesto la STS de 2 de diciembre de 1987 (EDJ 1987, 8926), declaró en su FD 3.º que: «Hay pues, un derecho subjetivo, una situación de poder concreta, entregada al arbitrio de la parte, que puede hacer valer o no, sin que el poder público pueda intervenir coactivamente en esta materia porque no es de orden público, al no afectar al sostenimiento de la familia, ni a la educación o alimentación de los hijos comunes, ni a las cargas matrimoniales, salvaguardadas por otros preceptos, simplemente se pretende mantener un equilibrio y que cada uno de los cónyuges pueda mantener el nivel económico que tenía en el matrimonio».

Desde mi punto de vista se trata de otra dificultad añadida a los efectos de conceputar la pensión compensatoria, pues como ha comentado el profesor GARCÍA CANTERO⁶ estamos ante una materia nueva en nuestro ordenamiento, con claros antecedentes en el Derecho comparado teniendo como base el desequilibrio económico ante la separación o divorcio. Ciertamente, nuestro artículo 97 del Código civil tomó como modelo el artículo 5 de la Ley italiana de 1 de diciembre de 1970, que estableció el *assegno per divorzio* (asignación asistencial y compensatoria), que, en relación con la asignación que regula el artículo 156 del *Codice* resulta una prestación vinculada a la culpa de uno de los cónyuges. En el Derecho civil francés, que, para un sector de la doctrina⁷ está en el modelo legislativo del artículo 97, que después de la reforma de 11 de julio de 1975, estableció la compensación basado en el perjuicio de uno de los cónyuges (arts. 265, 272-275) ante la separación y divorcio⁸. Por último la Ley de 14 de junio de 1976 da nueva redacción a los parágrafos 1569 a 1586 del BGB modificado posteriormente por la Ley de 20 de febrero de 1986, que de igual modo introduce el mecanismo compensatorio.

Inicialmente, nuestro sistema concede una pensión por desequilibrio económico ante la separación o divorcio a instancia del perjudicado sin culpa, es decir, se ha de basar en las circunstancias que el artículo 97 del Código civil regula. La nueva normativa recoge el término compensación que puede consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo, el Juez, en sentencia determinará el importe conforme a las circunstancias previstas en el artículo 97.1, 1.º a 9.º del Código civil.

2.2. NATURALEZA JURÍDICA

Primeramente la jurisprudencia del Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 1987 (STS 1987, 7718)⁹ otorgó a la pensión compensatoria la

naturaleza «de un derecho subjetivo sujeto a los principios generales de justicia rogada y del principio dispositivo», para no ser confundida con una pensión alimenticia, asistencial o indemnizatoria, sino ante el desequilibrio económico del cónyuge por separación o divorcio en relación con la posición del otro. De este modo la pensión compensatoria queda totalmente independiente de las cargas familiares, quedando como un derecho personal que el cónyuge perjudicado puede solicitar ante el eventual empeoramiento de su situación. Criterio que ha sido asumido por la doctrina¹⁰ «la pensión compensatoria se rige por las reglas generales de la justicia rogada y del principio dispositivo formal».

Posteriormente surge la STS de 10 de febrero de 2005 (LA LEY 855/2005), que estableció en su FD 6.º lo siguiente: «Es cierto, sin embargo, que el artículo 97 ha dado lugar a dos criterios en su interpretación y aplicación. La que se denomina tesis objetiva, en cuya virtud, el desequilibrio afecta a un cónyuge respecto al otro, determinando un deterioro con relación a la posición mantenida durante el matrimonio por el cónyuge que va a resultar acreedor de la pensión; según esta concepción del artículo 97 del Código civil, las circunstancias enumeradas en el párrafo segundo de dicho artículo serían simplemente parámetros para valorar la cuantía de la pensión ya determinada. La tesis subjetiva integra ambos párrafos y considera que las circunstancias del artículo 97 del Código civil determinan si existe o no desequilibrio económico compensable por medio de la pensión del artículo 97 del Código civil»¹¹.

Así, la STS de 2 de octubre de 2017 (STS 3379/2017), atiende a la tesis objetiva, según FD 2.º cuando dice: «para otorgar una pensión compensatoria temporal es menester que el Tribunal haga un juicio de prospección en virtud del cual, valorando todas las circunstancias contempladas en el artículo 97 del Código civil determine si se da o no una situación de idoneidad o actitud de la beneficiaria de la pensión para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y determinado», en análogos términos las SSTS de 20 de junio de 2017 (2017, 2505); y la de 14 de febrero de 2018 (STS 407/2018).

Por otro lado la STS de 9 de febrero de 2017 (STS 375/2017), se decanta por la tesis subjetiva como se señala en su FD 4.º «según reiterada doctrina de la Sala, que se citaba en la sentencia de 20 de julio de 2015 (STS 1791/2014). La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si este ha producido un desequilibrio que generó posibilidades de compensación»¹².

Otros supuesto, como es el caso de la STS de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009, 25486), afirmó que «con este planteamiento es notorio que el recurrente se aparta de la auténtica naturaleza de la pensión compensatoria, que, tal como la configura nuestro ordenamiento, e interpreta la doctrina analizada, no es una pensión alimenticia a favor del cónyuge más necesitado, sino un derecho cuya razón de ser se halla únicamente en la existencia de desequilibrio vinculado a la ruptura conyugal, por lo cual, lo esencial para que pueda accederse a su reconocimiento es que el cónyuge solicitante demuestre que la ruptura le ha supuesto un empeoramiento en su situación económica con relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge, siendo por ello irrelevante la ausencia de necesidad, es decir, que el cónyuge más des-

favorecido tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo». Desde mi punto de vista la sentencia transcrita nos deja claro que la pensión compensatoria es un derecho que descansa en la existencia de un desequilibrio vinculado a la separación o divorcio.

III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA V.S. COMPENSACIÓN ECONÓMICA

3.1. PENSIÓN TEMPORAL O POR TIEMPO INDEFINIDO O POR UNA PRESTACIÓN ÚNICA: ARTÍCULO 97.1 DEL CÓDIGO CIVIL

Con claridad meridiana la STS de 7 de marzo de 2018 (STS 675/2018) dispuso en su FD 2.º «La pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte. Tras la reforma del artículo 97 del Código civil de la Ley 15/2005, de 8 de julio, las modalidades de pago de dicha compensación no se reducen ya a unas prestaciones periódicas, sustituibles conforme a lo establecido en el artículo 99 del Código civil, o una prestación única, sino que se establece la posibilidad de conceder prestaciones periódicas sometidas a término. Se trata, en todo caso, de compensar el descenso que la nueva situación produce respecto del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia; lo que, en consecuencia, se produce con independencia de la situación de necesidad, mayor o menor, del acreedor, no debiendo entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación».

El artículo 97 del Código civil sustituyó el término pensión por el de compensación y añadió la temporalidad en el cobro de la pensión, como la prestación única a tanto alzada, ya que, la indefinida era lo normal en la legislación anterior. Si bien se sigue hablando de pensión en tres modalidades. La primera: la pensión temporal que sería el tiempo establecido en el convenio regulador o la sentencia, siempre que cumpla la función reequilibradora¹³ los presupuestos para limitar temporalmente dicha pensión¹⁴. Así, MARÍN LÓPEZ¹⁵ comentando el repetido artículo 97.1 del Código civil señala que la temporalidad supone someter la pensión a un plazo determinado o indeterminado o a una condición resolutoria. Así, la STS de 15 de marzo de 2018 (STS 937/2018) estableció en su FD 3.º que «la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal con arreglo a las circunstancias, es en la actualidad una cuestión pacífica, tanto a la luz de las muchas resoluciones de esta Sala, p.ej. 17 de octubre de 2008 (STS 5543/2008); 21 de noviembre de 2008 (STS 6271/2008); 29 de septiembre de 2009 (STS 4718/2010); 28 de abril de 2010 (STS 2165/2010); 20 de septiembre de 2010 (STS 4718/2010); 10 de enero de 2012 (STS 627/2012), que reiteran la doctrina favorable a la temporalidad». La segunda: pensión indefinida, lo que no supone vitalicia o más allá del fallecimiento del acreedor de la prestación¹⁶, además de su extinción conforme a lo dispuesto en los artículos 99 y 101. La jurisprudencia en este tipo de prestaciones atiende a la valoración de las circunstancias del cónyuge que resulta afectado. Así, la STS de 8 de septiembre de 2015 (*EDJ* 2015, 167988), declaró que «en la sentencia recurrida no se analiza con acierto el concepto de desequilibrio, pues no se valoran las posibilidades de acceso al mercado laboral [...] no se pondera su estado de salud, que el Juzgado calificó de precario y que no fue tenido en cuenta al fijar la pensión compensatoria, todo ello nos lleva a declarar que no procede aceptar la temporalidad de la pensión, sino mantener el

carácter indefinido fijado en la sentencia de Primera Instancia»; la STS de 11 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 208829), destacó que «la decisión de la Audiencia, contraria a esa temporalidad de la pensión, se muestra como el resultado de un juicio prospectivo razonable, lógico y prudente, teniendo en cuenta que la esposa no ha trabajado, que no tiene ingresos ni patrimonio, que ha estado dedicada a la familia [...] y que tiene una lumbalgia crónica, y todo ello, como señala la sentencia sin perjuicio de lo que se pueda resolver en el futuro»¹⁷. La tercera: Prestación única, o suma a tanto alzado que puede establecerse por convenio regulador o por sentencia. Lo fundamental en la prestación única es si se debe limitar a un tanto alzado o, por el contrario, consiste en la entrega de bienes o derechos. En opinión de BELÍO PASCUAL¹⁸ atendiendo a la literalidad del artículo 97 del Código civil estaríamos ante una cantidad de dinero y de única vez; pero relacionado dicho precepto con el artículo 99 del mismo cuerpo legal, cabe un abono de capital, bienes o el reconocimiento de derechos. Así, la STS de 4 de diciembre de 2012 (*EDJ* 2012, 294515), estableció que «el artículo 97 del Código civil dispone que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implica un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según determine en el convenio regulador o en la sentencia, cuyo importe, a falta de acuerdo de los cónyuges se determinará teniendo en cuenta las circunstancias que el mismo precepto enumera».

3.1.1. Especial referencia a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio: artículo 220 de la Ley General de la Seguridad Social

La vigente Ley General de la Seguridad Social viene a consolidar el derecho a la percepción de la pensión de viudedad para las personas separadas o divorciadas judicialmente, cuando la pensión compensatoria quede extinguida por fallecimiento del causante¹⁹.

*El Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*²⁰, regula los supuestos que pueden plantearse en relación con la pensión de viudedad²¹. El artículo 220.1 párrafo 1.º, reconoce el derecho a la pensión de la viudedad al cónyuge legítimo, siempre que no haya contraído nuevas nupcias o se hubiera constituido en pareja de hecho; se requiere, además (art. 220.1 párrafo 2.º), que el cónyuge separado o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria (art. 97 CC) y quedase extinguida al fallecimiento del causante²², si la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última²³; el párrafo 3.º, artículo 220.1, señala que, en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de la violencia de género en el momento de la separación o el divorcio mediante sentencia firme²⁴.

La STS (Sala de lo Social) de 21 de junio de 2017 (STS 2701/2017), resolvió el recurso para la unificación de doctrina sobre si tiene derecho a pensión de viudedad el cónyuge que percibía una pensión compensatoria mediante un único pago. Los elementos fácticos versaron sobre un matrimonio que, después de treinta y tres años de convivencia, se divorcian en 2009, suscribiendo un convenio regulador, aprobado judicialmente, en cuya estipulación sexta establece, al amparo del artículo 97 del Código civil, una pensión compensatoria a favor de la

mujer, a fin de paliar el desequilibrio económico. El divorciado falleció en 2014, y la antigua esposa pidió una pensión de viudedad que le fue denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social. Agotada la vía previa, la exesposa interpuso demanda ante el Juzgado de lo Social de Vigo, que con fecha 23 de octubre de 2014, dictó sentencia desestimando la demanda. La citada sentencia fue recurrida en suplicación por la cónyuge divorciada ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, la cual dictó sentencia en fecha de 8 de febrero de 2016, en la que se estima el recurso revocando la sentencia de instancia y acoge la demanda contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, reconociéndole el derecho a percibir pensión de viudedad. Por la representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social se formuló recurso de casación para la unificación de doctrina dictando a tal efecto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sentencia de 21 de junio de 2017, cuyo FD 2.º 3, establece que: «El artículo 174.2 de la LGSS (art. 220.1 en el nuevo Texto Refundido) se remite a la pensión compensatoria fijada con arreglo al artículo 97 del Código civil y que queda “extinguida a la muerte del causante”. De la literalidad del precepto se deriva que se refiere a una pensión que se paga de manera periódica, significado propio del término pensión, y no a una “prestación única” supuestos que no contempla el citado artículo 174.2, cual corrobora su tenor literal, al decir que debe tratarse de una pensión que se extinga a la muerte del causante, lo que no acaece con la prestación de pago único que se extingue con su pago antes de producirse el óbito del causante». Por otro lado la STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 322016), FD único, dispuso que «el artículo 220 de la vigente Ley General de la Seguridad Social establece como requisito necesario para la pensión de viudedad en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código civil y que la misma quedara extinguida a la muerte del causante. Ahora bien, dicho precepto señala que en todo caso tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho», en análogos términos la STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 31 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 272417).

3.1.2. Pactos prematrimoniales sobre la pensión compensatoria

Los acuerdos prematrimoniales también llamados pactos en previsión de ruptura matrimonial, no tiene regulación expresa en nuestro *Código civil* ni en el Derecho español existe una tradición de celebrar acuerdos preventivos ante las crisis matrimoniales²⁵, aunque algunos autores²⁶ apuestan por la aplicación de los artículos 1255, 1323 y 1325 del Código civil, sin perjuicio de la regulación autonómica *v. gr.*, el artículo 231.20 del *Código civil* de Cataluña; el artículo 25 del Régimen económico matrimonial valenciano; la Ley 80.3. y 7. de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra; artículos 195 y 197.2 y 3

del Código de Derecho Foral de Aragón; artículos 173 y 174 del Derecho Civil de Galicia; y el artículo 125 del Derecho Civil Vasco; por lo que, inicialmente SILLERO CROVETTO²⁷ se plantea si un acuerdo prematrimonial (regulado únicamente en la legislación foral) puede tener cabida en las capitulaciones figura que, por otro lado, tiene una amplia regulación en nuestra legislación. En opinión de GARCÍA RUBIO²⁸, nada se opone a que un acuerdo de esta naturaleza se contenga en las capitulaciones matrimoniales celebradas antes o después del matrimonio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1325 *in fine* del Código civil.

En principio, podemos definir los acuerdos prematrimoniales como «aquellos negocios jurídicos de Derecho de Familia, condicionales y preventivos, cuya eficacia queda supeditada a la celebración del matrimonio»²⁹. Es pues, un contrato, más concretamente, un negocio jurídico de familia³⁰, sometido a la condición de que produzca plena eficacia una vez celebrado el matrimonio³¹ o en un momento posterior (*pro futuro*) se produzca una crisis matrimonial, por lo que sus efectos son preventivos o prospectivos³².

En nuestra legislación los acuerdos prenupciales están sometidos el principio de libertad en donde podrán celebrar los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público (art. 1255 CC), asimismo, «Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título, bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» artículo 1323 del Código civil; por último, el artículo 1325 del mismo cuerpo legal dispone que: «En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo». De acuerdo con esta normativa, desde mi punto de vista, los pactos prematrimoniales están orientados para aquellos matrimonios anteriores, con hijos a su cargo, y pensión compensatoria en beneficio de la expareja; lo que justificaría el previo acuerdo en el eventual supuesto de una segunda ruptura quedando excluida la pensión compensatoria³³; cabe también la posibilidad en aquellos compromisos matrimoniales en donde uno de ellos con mayor fortuna o patrimonio, pacta en perjuicio del otro con menos recursos económicos un acuerdo prenupcial ante una posible ruptura matrimonial; otro supuesto sería para una futura pareja sometida al régimen de sociedad ganancial pacten de mutuo acuerdo la exclusión de la pensión compensatoria ante una posible ruptura matrimonial.

Nótese, que si el pacto prenupcial es a través de capitulaciones matrimoniales deberá constar en escritura pública (art. 1327 CC), esta podrá pactarse después de celebrar el matrimonio, pero si se pacta antes de contraer dicho matrimonio, este último deberá celebrarse en el plazo de un año a contar de la estipulación capitular (arts. 1326 y 1324 CC), las capitulaciones serán inscritas en el Registro Civil, así como en el Registro de la Propiedad con mención a los pactos, resoluciones judiciales, bienes inmuebles, etc. (art. 1333 CC). Por el contrario, si se pacta solamente el acuerdo prematrimonial ha presentado algún problema sobre su inscripción, en opinión de AGUILAR RUIZ³⁴ si dicho pacto incluye bienes inmuebles, uso de la vivienda familiar, cabe su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 70 del RH), en los acuerdos que conlleven la renuncia a la pensión compensatoria, según el artículo 60 de la Ley de Registro Civil y el artículo 1333 del Código civil tiene acceso a la publicidad registral.

Llegado a este punto nos planteamos si es válida la renuncia a la pensión compensatoria como cláusula incorporada con carácter previo en los acuerdos prematrimoniales. Como hemos destacado más arriba la pensión compensatoria

implica el empeoramiento económico de unos de los cónyuges ante la separación o divorcio, artículo 97 del Código civil, esta norma es de derecho dispositivo³⁵, ya que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez, a instancia de parte fijará el importe de acuerdo con las circunstancias prevista en el artículo 97.1 1.ª a 9.ª del Código civil. Por tanto, el carácter dispositivo de la compensación puede ser renunciada mediante pacto prenupcial. Lo razonable sería que la mencionada renuncia se realice una vez producida la ruptura³⁶, pero creemos que no tendría mucho sentido, pues el pacto se realiza antes para tener efectos en el futuro cuando concurren los requisitos de separación o divorcio. Tampoco existe unanimidad en la doctrina jurisprudencial. Así, la STS de 2 de diciembre de 1987 (*RJ* 1997, 9174), en su FD 2.º dispuso que «la ley no autoriza al juez a que señale la pensión de oficio y, en cambio, las partes pueden incluirlas en el convenio regulador o pedirla en el procedimiento, demostrando la concurrencia de las circunstancias a que se refiere el artículo 97 del Código civil [...] es claro que no nos encontramos ante una norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecte a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales sí se refiere la función tuitiva», en análogos términos las SSTS de 25 de junio de 1987 (*RJ* 1987, 4553); 22 de marzo de 1997 (*RJ* 1997, 325); 17 de octubre de 2007 (*RJ* 2007, 1053); 10 de marzo de 2009 (STS 1130/2009); 31 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 217); 24 de junio de 2015 (*EDJ* 2015, 112273)³⁷. La jurisprudencia menor con ligeras variantes ha seguido el criterio expuesto. Así, la SAP de Valencia de 3 de abril de 2012 (SAP V 826/2012); la SAP de Zaragoza de 23 de diciembre de 2016 (*EDJ* 2016, 246840); y la SAP de Valencia de 6 de abril de 2017 (*EDJ* 2017, 103889). Sin embargo, las SSTS de 18 de marzo de 1982 (*RJ* 1982, 1385) y 21 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3434), afirmaron que no cabe renunciar un derecho que todavía no ha nacido. Así, la SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (*EDJ* 2000, 113405)³⁸, declaró en su FD 2.º «La hoy apelante, en la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales otorgada el 13 de marzo de 1993, entre otras estipulaciones, renunció, al igual que su esposo, a la pensión compensatoria, renuncia que pretende invalidar en el presente procedimiento de separación alegando que el consentimiento prestado en aquel negocio jurídico de familia no es válido, porque no fue prestado libremente, sino coaccionada por su esposo y toda la familia, de donde claramente se infiere que pretende en un procedimiento de separación plantear una cuestión previa a la solicitud de la pensión compensatoria cual es la anulación de la renuncia realizada en el documento público antedicho por vicio de consentimiento, cuestión esta que no puede ser resuelta en el procedimiento especial en que nos encontramos, pero si puede la Sala de oficio examinar si dicha renuncia es válida o nula de pleno derecho, dado que se trata de una renuncia de futuro, hipotético e incierto derecho, que solo nace temporalmente en el momento de la separación, y está sujeto al condicionante de que la misma produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en relación con la situación que se mantenía en el matrimonio [...] sobre que no se puede renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, o solo se puede renunciar a lo que existe, criterio jurisprudencial recogido por esta Audiencia en sentencia de 15 de noviembre de 1999, al decir que no se puede renunciar a un derecho a la sazón inexistente, lo que aplicado al presente caso al haberse hecho la renuncia varios años antes de la demanda de separación ha de reputarse nula de pleno derecho».

3.2. REQUISITOS DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA FORMALIZADA ANTE EL SECRETARIO JUDICIAL O EL NOTARIO

Los artículos 82, 87, 90, 97.2 del Código civil, 777.10.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el 54 de la Ley del Notariado, todos ellos conforme a la nueva redacción de la *Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*, vienen a establecer el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

El artículo 82 del Código civil dispone que los cónyuges podrán acordar la separación de mutuo acuerdo, en lo que, junto a la voluntad inequívoca de separación determinarán los efectos del mismo mediante convenio regular conforme a lo establecido en el artículo 90 del Código civil. El artículo 87 del mismo cuerpo legal establece el divorcio de mutuo acuerdo mediante convenio regulador, en la forma y con el contenido del artículo 82. El artículo 90 establece los extremos del convenio regulador; el procedimiento judicial ante el secretario judicial viene regulado en el artículo 777.10.^a de la LEC, y ante el notario en el artículo 54 de la Ley del Notariado. El artículo 97.2 del Código civil establece que «En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el secretario judicial o el notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y la garantías para su efectividad».

La STS de 22 de abril de 1997 (STS 2817/1997), declaró en su FD 1.º que: «el convenio regulador debe ser considerado como un negocio jurídico de Derecho de Familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como *conditio iuris*, determinante de su eficacia jurídica»³⁹.

Así, el mencionado artículo 97.2 del Código civil se remite al artículo 777.10.^a de la LEC cuando el convenio regulador es ratificado ante el secretario judicial dictando este a tal efecto un decreto; así como, quedará incorporado en la escritura pública cuando el convenio regulador haya sido formalizado ante el notario (art. 54 de la LN), en ambos casos conforme a lo dispuesto en el mentado artículo 97.2 se fijarán: 1.º La periodicidad y forma de pago: dos previsiones específicas que han de constar en la resolución judicial o el convenio regulador. En opinión de MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴⁰ «la forma de pago se refiere tanto a la pensión como a la compensación a tanto alzada», pero la periodicidad solo es aplicable a la pensión temporal o por tiempo indefinido, que debe ser pactada de mutuo acuerdo por los cónyuges pues con ella se determina la obligación del deudor. Así, la temporalidad permite pactar un tiempo determinado o someterlo a una condición resolutoria, en cambio, la pensión indefinida es la que está sometida a las reglas de sustitución (art. 99 CC), modificación (art. 100 CC) y extinción (art. 101 CC). En este sentido la STS de 20 de noviembre de 2017 (STS 4154/2017) declaró que: «dentro de la amplia libertad de acuerdos que permite nuestro ordenamiento, las partes incluyeron en el convenio regulador una obligación de pago de una renta mensual a cargo del marido y a favor de la mujer que era consecuencia de las relaciones económicas que mediaban entre ellos». 2.º Las bases para actualizar la pensión: regla esta que tiene su precedente legislativo en el mismo ordinal, artículo 97.2 de la Ley de 7 de julio de 1981, criterio que sigue siendo el mismo, esto es, estamos ante una deuda pecuniaria de cumplimiento periódico y que las bases de actualización se pretende evitar el desequilibrio económico actualizando dicha pensión conforme al índice de precio al consumo⁴¹; por tanto, debe ser propuesta por las partes o, en su defecto, la fijará el secretario judicial o el notario. 3.º La duración o el momento de cese: en el supuesto de la duración puede estar referida a aquellas pensiones temporales

o por tiempo indefinido; en principio, la temporalidad se otorga si existe certeza de que no habrá empeoramiento, en el supuesto de fijar un término determinado o someter la pensión a una condición resolutoria (*v. gr.* hasta que encuentre un empleo), en cambio, el momento de cese pueden ser los supuestos regulados en el artículo 101 del Código civil: cesar por las causas que lo motivó, contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente, aunque dichos supuestos vienen regulados como causas de extinción. 4.º Las garantías para su efectividad: esta regla como la referida a las bases para su actualización tienen su precedente legislativo en la anterior redacción del artículo 97.2, donde se abordó como tema más importante de la pensión compensatoria al considerar la garantía como «como una obligación de pago»⁴², lo que ha llevado a sanciones penales, artículo 227 del C.P., cuando el deudor no paga durante dos meses seguidos o cuatro no consecutivos. Además el artículo 776.1.º de la LEC señala que se le impondrán multas coercitivas conforme a lo dispuesto en el artículo 711 de la LEC, cuando de manera reiterada incumpla la obligación de pago.

IV. LA SUSTITUCIÓN DE LA PENSIÓN POR UNA RENTA VITALICIA, USUFRUCTO DE DETERMINADOS BIENES O POR UN CAPITAL EN BIENES O DINERO: ARTÍCULO 99 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 99 del Código civil tiene su antecedente en el mismo ordinal, pero el vigente admite la posibilidad de sustituir la pensión compensatoria fijada judicialmente o acordada por convenio regulador, mientras que el precepto modificado solo comprende la pensión judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 99, y en ambos casos la sustitución por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. A pesar de que el precepto modificado omitió la pensión por convenio regulador, ROCA TRIAS⁴³ conforme a la redacción anterior admitió que los interesados de mutuo acuerdo podían convenir la sustitución en trámite del convenio, por ello, el legislador refunde en única norma las dos formas de fijar la pensión compensatoria (judicial o por convenio regulador), pudiendo en cualquier momento los cónyuges convenir su sustitución. Sin embargo, la autora⁴⁴, afirma que la sustitución afecta a la forma de pago y no los demás extremos, por lo que entiende que estamos ante una dación en pago; por el contrario, LALANA DEL CASTILLO⁴⁵ citando a LUNA SERRANO⁴⁶ señala que estamos ante una novación modificativa, esto es, el pacto sustitutorio del artículo 99 del Código civil deja sin efecto la obligación anterior y, en su lugar, surge otro mediante pacto expreso entre las partes. Conforme a la redacción vigente desde mi punto de vista estamos en presencia de una novación modificativa con independencia de si estamos ante una pensión indefinida, temporal o una prestación única, aunque el artículo 99 señala tres supuestos lo debemos entender a título indicativo pudiéndose acordar otros supuestos de sustitución.

El artículo 99 del Código civil, como decimos, regula tres formas de sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador: la constitución de una renta vitalicia, el usufructo o la entrega de un capital.

1.º La constitución de una renta vitalicia: Esto supone, a primea vista, la constitución de una renta vitalicia a favor del acreedor de una pensión. Por tanto, se trata de un contrato aleatorio regulado en los artículos 1802 y 1803 del Código civil⁴⁷, que como ha puesto de relieve NAVARRO MIRANDA⁴⁸ «el mecanismo ordinario será que el deudor suscriba un contrato con una entidad crediticia u

otro tercero constituyéndola en favor del acreedor de la compensación sobre cuya vida se otorga». Así, la SAP de Cantabria de 27 de mayo de 2005 (*EDJ* 2005, 94404), señala que «no puede negarse, porque la jurisprudencia en este tema es unánime [por todas la STS de 2 de diciembre de 1987 (*EDJ* 1987, 8926)] y así lo reconocen las propias partes, que la pensión compensatoria del artículo 97 es materia sujeta al principio dispositivo o de petición de parte, rigiendo en la materia los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de pactos, y por tanto, cuando se ha pactado entre los cónyuges la pensión compensatoria, es necesario atenerse a los términos del convenio celebrado y formalizado entre las partes, porque se insiste, es asunto privado y disponible por estas [...] El *Código civil* tampoco califica la pensión compensatoria como vitalicia; es más, su artículo 99 permite que los cónyuges convengan la sustitución de la pensión compensatoria por la constitución de una renta vitalicia —que es algo distinto— el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero».

2.º El usufructo de determinados bienes: Esta segunda modalidad viene desarrollada en el artículo 467 del Código civil. Este precepto otorga el derecho a disponer con obligación de conservar su forma y sustancia, salvo que en su constitución o en la ley se autorice otra cosa. Por tanto, se trata de entregar bienes del acreedor de una pensión para que los use o disfrute el beneficiario conforme a lo pactado en el convenio regulador. BELÍO PASCUAL⁴⁹ señala que el usufructo puede ser pactado de forma temporal o vitalicia, sobre bienes muebles o inmuebles, estableciendo de común acuerdo las causas de extinción.

3.º Entrega de un capital en bienes o en dinero: Última modalidad de sustitución de la pensión compensatoria prevista en el artículo 99. En principio, supone la eliminación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges⁵⁰. El repetido artículo 99 contempla dos formas de sustitución⁵¹: una, la entrega de un capital en bienes; otra, la entrega a tanto alzado de una suma de dinero. En cuanto a la primera los supuestos más comunes consisten en la adjudicación a la esposa de un inmueble en sustitución de la pensión compensatoria⁵², o la adquisición por la esposa de un inmueble en propiedad en sustitución de la pensión⁵³. En cuanto al segundo supuesto este consiste en la sustitución de la pensión compensatoria por la entrega de un capital en dinero. Así, la SAP de Ciudad Real de 15 de marzo de 2002 (*EDJ* 2002, 16079) declaró que «no debe olvidarse que el *Código civil* en su artículo 99 para la pensión compensatoria, prevé su sustitución por la entrega de un capital en bienes o en dinero, entre otros, y que suele ser esta una forma de compensación que aunque no se dice expresamente en los convenios subyace en los mismos, superando con un reparto no proporcional de bienes la necesidad de compensar el desequilibrio que en uno de los cónyuges produce la separación».

V. LA ACTUALIZACIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

5.1. POR ALTERACIÓN EN LA FORTUNA DE UNO DE LOS CÓNYUGES: ARTÍCULO 100.1 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 100.1 del Código civil establece la posibilidad de modificar la sentencia de separación o divorcio, solo cuando por alteración en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconseje. Así, lo establece la STS de 20 de junio de 2017 (*EDJ* 2017, 124631), cuando señala que: «El *Código civil* adopta una solución adaptable a las circunstancias de cada cónyuge en cada momento respecto de las

medidas que se hayan tomado por la existencia de desequilibrio entre los cónyuges “que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio”. Juntamente con esta norma contenida en el artículo 97 del Código civil, el artículo 100 del mismo cuerpo legal, que se ha denunciado como infringido, permite modificar la pensión ya acordada cuando “concurran alteraciones sustanciales de la fortuna de uno u otro cónyuge”. Como afirmó en su día la STS de 17 de marzo de 1997, “no se revisa una decisión judicial desde una perspectiva histórica, sino que se pretende su modificación por circunstancias sobrevenidas, inexistentes cuando se dictó, si se produjera una alteración sustancial de la fortuna de uno o del otro cónyuge”. Es decir, que en principio, la pensión es un derecho que no sufrirá alteraciones, a no ser que se produzca el supuesto de hecho del artículo 100 del Código civil».

Por tanto, una vez fijada la pensión y los bases de actualización y cualquiera que sea la duración de la pensión nada impide que sobrevenga una alteración sustancial a las circunstancias iniciales; así, la STS de 2 de junio de 2015 (*EDJ* 2015, 105423) consideró que «cualquiera que sea la duración de la pensión “nada obsta a que, habiéndose establecido, pueda ocurrir una alteración sustancial de las circunstancias, cuya corrección haya de tener lugar por el procedimiento de modificación de la medida adoptada” lo que deja expedita la vía de los artículos 100 y 101 del Código civil, siempre, lógicamente, que resulte acreditada la concurrencia del supuesto de hecho previsto en dichas normas». En análogos términos la STS de 27 de enero de 2017 (STS 174/2017).

Así que, las medidas acordadas en los artículos 90.3, 91 *in fine*, 97 y 100.1 del Código civil podrán ser modificadas conforme a la establecido en el procedimiento de modificación que el artículo 775.1 de la LEC, este precepto establece que los cónyuges podrán solicitar de los tribunales la modificación de las medidas convenidas o las adoptadas en defecto de acuerdo; así se ha reconocido en la STS de 20 de junio de 2013 (*EDJ* 2013, 115329), cuando señala que «las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria puede cambiar a lo largo del tiempo. Constituye doctrina jurisprudencial que el reconocimiento del derecho, incluso de hacerse con un límite temporal. No impide el juego de los artículos 100 y 101 del Código civil [...] Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida, pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente SSTS de 27 de octubre de 2011 (*EDJ* 2011, 262921 y de 20 de junio de 2013 (*EDJ* 2013, 115329)»⁵⁴.

Por otro lado, el supuesto de aceptar la herencia después de establecer una pensión compensatoria es una situación no imprevisible, sino sobrevenida que puede incidir en el acreedor de una pensión. Así, la STS de 1 de marzo de 2016 (STS 791/2016), declaró en su FD 1.º que: «Con relación a la herencia, la reciente STS de 17 de marzo de 2014 establece como doctrina jurisprudencial en interpretación de los artículos 100 y 101 del Código civil “que el hecho de recibir una herencia es una circunstancia en principio no previsible, sino sobrevenida, susceptible de incidir favorablemente en la situación económica del beneficiario o acreedor de la pensión y como tal determinante de su modificación o extinción”. En la fundamentación jurídica señala que en sentencia de 3 de octubre de 2011 (*EDJ* 2011, 224291), la Sala se pronunció sobre la posible incidencia de la herencia recibida por el cónyuge perceptor de la pensión, en orden a apreciar la concurrencia de la alteración sustancial a que se refiere el artículo 100 del Código civil o, la desaparición del desequilibrio determinante del reconocimiento del derecho a pensión, a que se refiere como causa de extinción de la misma el artículo 101

del Código civil y que dicha sentencia se dijo que: En teoría es razonable valorar el hecho de recibir una herencia como una circunstancia no previsible y, por tanto, que no procede tomar en cuenta cuando se fijó la pensión compensatoria [...] Sin embargo, que en la práctica tal alteración tenga efectivamente lugar con ese carácter de sustancial o esencial a consecuencia de la herencia aceptada es algo que no puede afirmarse sino tras examinar las circunstancias del caso concreto, y en particular, después de valorar su entidad en el plano económico, la disponibilidad que al acreedor corresponde sobre los bienes que la integran, y, en suma, la posibilidad efectiva de rentabilizarlos económicamente».

5.2. POR ACTUALIZACIÓN PACTADA EN EL CONVENIO REGULADOR: ARTÍCULO 100.2 DEL CÓDIGO CIVIL

El artículo 100.2 del Código civil incorporado a nuestro ordenamiento por la *disposición final 2.17 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria*, en donde se podrán modificar los convenios formalizados ante el secretario judicial o el notario mediante nuevo convenio. La STS de 3 de octubre de 2011 (*EDJ* 2011, 224291), establece los requisitos: «Conforme al artículo 90 del Código civil para que se pueda modificar lo fijado en convenio es preciso que la alteración sea sustancial, de lo que se deduce: 1) que haya existido y se acredite dicha alteración, de tal manera que las circunstancias difieran de las tenidas en cuenta por el juez o los cónyuges en el convenio; 2) que dicha alteración sea sustancial, esto es, de importancia tal que haga suponer que de haber existido en el momento la separación o divorcio se habrían adoptado medidas distintas, al menos en la cuantía de las prestaciones económicas; 3) que no se trata de una modificación o alteración transitoria o esporádica, sino con caracteres de estabilidad o permanencia en el tiempo; 4) que la modificación o alteración no haya sido provocada o buscada voluntariamente o de propósito, para obtener la modificación, y la sustitución de las acordadas por medidas más beneficiosas». No obstante, existen supuestos en que la liquidación de la sociedad de gananciales no supone una alteración sustancial; así la STS de 27 de junio de 2011 (*EDJ* 2011, 146902), dispuso que «por el mero transcurso del tiempo por las resultas de la liquidación de la sociedad de gananciales dado que las circunstancias determinantes del desequilibrio y de la subsistencia del mismo más allá de un plazo determinado, que condujeron al reconocimiento de una pensión compensatoria vitalicia, no pueden verse alterada por el mero transcurso del tiempo en la medida que lo relevante no es dato objetivo del paso del mismo, sino la superación de la situación de desequilibrio lo que justificó la concesión del derecho, habiendo descartado también la Sala que el hecho de que la esposa fuera adjudicataria de bienes como resultado de liquidarse la sociedad de gananciales implique un incremento de su fortuna con relación a la que fue tomada en consideración, reveladora de la posibilidad de superar el desequilibrio que justificó la pensión, pues la liquidación solo provoca la concreción del haber ganancial, es decir, que la esposa viera concretado en bienes y derechos determinados el haber ganancial que a ella le correspondía vigente el matrimonio, siendo así que su fortuna no varía ni dicha liquidación afecta a la situación de desequilibrio, cuando esta tiene que ver con circunstancias como la dedicación a la familia y la pérdida de expectativas laborales o profesionales ajenas a que la esposa se encuentra con bienes o medios suficientes para subsistir a raíz de dicha liquidación». En análogos términos las SSTS de 24 de noviembre de 2011 (*EDJ* 2011, 295471); la de 3 de octubre de 2008

(*EDJ* 2008, 185056) y la de 10 de marzo de 2009 (2009/25486). Por otro lado se plantea lo que debe entenderse como alteración sustancial en el artículo 100 del Código civil, cuya concurrencia va a permitir la modificación; así, la STS de 24 de noviembre de 2011 (STS 8402/2011), dispuso: «En consecuencia de lo anterior y debiendo aplicar la Sala la doctrina actual que ha sido dictada para unificar doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 477.2.3 de la LEC, debe declararse que la posterior adjudicación a la esposa de bienes gananciales en exclusiva por valor superior a los 4 millones de euros determina la concurrencia de una alteración sustancial en su fortuna, porque a partir del momento de la adjudicación ostenta la titularidad exclusiva de los bienes adjudicados, lo que va a permitir una gestión independiente. Por ello es también adecuado que se acuerde una pensión temporal, tal como ha efectuado la sentencia recurrida». Otro supuesto que alcanza la autonomía de la voluntad de los cónyuges en establecer la pensión de mutuo acuerdo y su posible modificación es lo declarado a modo de resumen en la STS de 25 de marzo de 2014 (*EDJ* 2014, 76001), sobre el acceso del acreedor al mercado de trabajo, en el recurso de casación presentado por la esposa declara que no procede la extinción de la pensión complementaria prevista en el convenio de separación por haber accedido esta al mercado laboral, ya que en el convenio se pactó una pensión con carácter vitalicio solo extinguido por matrimonio o convivencia marital. La Sala fija como doctrina jurisprudencial que a los efectos de la modificación de la pensión compensatoria, no es alteración sustancial que el cónyuge acreedor de la pensión obtenga un trabajo remunerado, si en el convenio regulador se ha previsto expresamente que esta circunstancia no justificará la modificación de la pensión.

VI. LAS CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: ARTÍCULO 101.1 DEL CÓDIGO CIVIL

6.1. POR EL CESE DE LA CAUSA QUE LO MOTIVÓ

El artículo 101 del Código civil regula dos formas de extinción de la pensión compensatoria: la primera, por el cese de la causa que lo motivo; la segunda, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona.

Antes de abordar por separado las formas de extinción conviene matizar que, en efecto, la extinción del artículo 101.1 opera ante la pensión indefinida o temporal, pero no ante única prestación STS de 3 de octubre de 2011 (*EDJ* 2011, 224291), además de abarcar a los supuestos de separación o divorcio como al desequilibrio económico. Como ha puesto de relieve el profesor GARCÍA CANTERO⁵⁵ «supone la necesidad de interponer un nuevo proceso encaminado a demostrar que ha desaparecido el desequilibrio económico que supuso al beneficiario un empeoramiento en su situación con relación a la que disfrutaba durante el matrimonio». Pero las formas señaladas en el repetido artículo 101.1 no hemos de contemplarlas en sentido estricto, ya que, caben otros supuestos, como la renuncia expresa, el fallecimiento del acreedor, la expiración del plazo, prescripción, condición resolutoria y reconciliación⁵⁶. No se pretende, dice la STS de 25 de noviembre de 2011 (*EDJ* 2011, 276925), equiparar situaciones económicas, sino deben de estar concebida como un medio para evitar el desequilibrio de uno de los cónyuges, pero si han desaparecido las circunstancias que lo motivaron, debe, por tanto, desaparecer la pensión. Otra característica de la extinción es que no tiene efecto retroactivo, sino desde que se dictó resolución expresando la causa de

la extinción STS de 23 de noviembre de 2011 (*EDJ* 2011, 276204)⁵⁷, por último, no cabe la extinción por el mero transcurso del tiempo en su percepción STS 27 de junio de 2011 (*EDJ* 2011, 1469902).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ante el derecho a la pensión y su cese por la causa que lo motivó ha sido abundante, además de ajustarse a la literalidad del precepto, pero los motivos de desistimiento o, en su caso, estimatorios, se han ajustado a las circunstancias de cada caso. Así, la STS de 19 de febrero de 2016 (*EDJ* 2016, 9667) es un ejemplo de ello cuando dice: «las condiciones que llevaron al nacimiento del derecho a la pensión compensatoria pueden cambiar a lo largo de tiempo. Cuando ello ocurra, el obligado al pago de la pensión podrá pedir que se modifique esta medida pero para ello deberá probar que las causas que dieron lugar a su nacimiento han dejado de existir, total o parcialmente. El simple paso del tiempo no constituye una causa de extinción de la pensión. Pues bien, es hecho probado de la sentencia que la situación del esposo es la misma mientras que la de la esposa ha mejorado mediante su acceso al mercado laboral con mayor continuidad desde octubre de 2008 hasta noviembre de 2011 que la que se tuvo en cuenta al establecer con carácter temporal la pensión», corrobora la anterior la STS de 10 de enero de 2018 (*EDJ* 2018, 727), que dispuso: “cuando la pensión por desequilibrio se haya fijado por los esposos de común acuerdo en convenio regulador lo relevante para dilucidar la cuestión de su posible extinción sobrevenida es el valor vinculante de lo acordado, en cuanto derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, regido por el principio de la autonomía de la voluntad».

La STS de 10 de diciembre de 2012 (*EDJ* 2012, 294516), que aborda la aplicación práctica de la extinción de la pensión, dice en su FD 4.º «Así, la sentencia circunscribe la controversia en apelación a la cuestión de la posible extinción de la pensión compensatoria concedida a favor de la esposa en pleito de separación, que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo en convenio regulador. Desde esta óptica, procede a examinar los hechos probados, en orden a constatar si concurría o no el supuesto de hecho normativo del artículo 101 del Código civil, que hace depender la existencia del cese de la causa (desequilibrio) que motivó su reconocimiento cuando, como es el caso, no consta ninguna de las otras dos causas determinantes de su finalización (que el acreedor se hubiera casado o viviera maritalmente con otra persona). En el plano fáctico, en ejercicio de su soberana competencia en materia de valoración probatoria, la sentencia declara probado que los cónyuges pactaron de mutuo acuerdo la pensión en el pleito de separación, que liquidaron el régimen ganancial adjudicándose el haber común, que complementaron la liquidación con un acuerdo privado de la misma fecha, que el matrimonio duró escasamente cinco años, y la falta de reincorporación a su trabajo de la perceptora de la pensión después de haber expirado el plazo de excedencia voluntaria solicitado y de haber alcanzado la única hija del matrimonio la mayoría de edad. En el plano jurídico, la sentencia expone la valoración que le merecen los anteriores hechos, para concluir que no ha lugar a apreciar la referida causa de extinción (cese de la situación de desequilibrio que motivó su fijación de mutuo acuerdo) toda vez que persistían las bases económicas determinantes del desequilibrio objeto de compensación, precisando al respecto, de una parte, que la liquidación de la sociedad ganancial efectuada después de la ruptura, y el consiguiente reparto por mitad del haber ganancial es compatible con el empeoramiento económico sufrido por la esposa con relación al estatus económico del que venía disfrutando durante el matrimonio, y de otra, que carece el recurrente de base legal para pretender la extinción de la pensión por el mero transcurso

del tiempo, dado que la pensión indefinida, en la cuantía convenida, se fijó de mutuo acuerdo en contemplación a tal situación de desequilibrio, a partir de los datos y circunstancias sobre la duración del matrimonio, dedicación de la esposa a la familia y posibilidad de reintegrarse al mercado laboral en orden a obtener ingresos con los que superar aquella, de los que el esposo era conocedor; así como en función también de acontecimientos posteriores». Otro supuesto análogo al anterior; pero de resultado diferente es el contemplado en la STS de 14 de febrero de 2018 (STS 408/2018), FD 5.º que dispuso: «A la vista de la doctrina mencionada, en interpretación de los artículos 97 y 101 del Código civil, debemos declarar que procede la extinción de la pensión compensatoria al cesar la causa que lo motivó, cual es la desaparición de la situación de desequilibrio. Tras la liquidación de la sociedad de gananciales, la indivisión que afectaba a la titularidad de los bienes, ha devenido en atribución exclusiva de la propiedad y uso de los bienes adjudicados, con lo que los bienes han pasado a ser productivos para cada uno de los cónyuges, pudiendo disponer de los mismos, ya vendiéndolos o explotándolos, con lo que se aseguran una situación de estabilidad económica que se aproxima bastante a la existente antes de la separación conyugal y divorcio, con lo que al desaparecer la situación de desequilibrio, procede declarar extinguida la pensión compensatoria, al infringirse en la sentencia recurrida el artículo 101 del Código civil». En análogos términos la STS de 14 de marzo de 2018 (EDJ 2018, 942).

6.2. POR CONTRAER EL ACREEDOR NUEVO MATRIMONIO O POR VIVIR MARITALMENTE CON OTRA PERSONA

A los efectos de su exposición hemos dividido en dos la dicción del artículo 101.1 del Código civil. Así que, a continuación de la extinción «por el cese de la causa que lo motivó», añade otro motivo de extinción de la pensión compensatoria «por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona». En este epígrafe abordamos por separado los dos últimos supuestos.

1.º Ante el supuesto de que el acreedor contraiga nuevo matrimonio; que, por otro lado, esta causa de extinción viene regulada en todas las legislaciones de nuestro entorno cultural⁵⁸, pues su fundamento está basado en un nuevo deber a cargo de un nuevo cónyuge⁵⁹.

Inicialmente es lógico que el acreedor de una compensación económica por separación o divorcio si contrae nuevas nupcias se extinga la pensión, pues su nueva situación ha logrado reequilibrar su *status* económico social⁶⁰. El artículo 101.1 del Código civil no subordina el cese de la pensión al cumplimiento de algún requisito, como por ejemplo, la inscripción del mismo, sino basta su demostración para que quede extinta la obligación contraída en su día por el deudor.

No obstante, de considerarse un supuesto de poca importancia, la jurisprudencia sobre el particular no ha sido pacífica, pues en ocasiones se ha planteado si hay retracción o debe tomarse como fecha de extinción de la pensión desde que se produce el nuevo matrimonio. Así, la STS de 23 de noviembre de 2011 (EDJ 2011, 276204), declaró en su FD 2.º que: «la infracción del artículo 101 del Código civil en relación a la determinación del momento de la extinción de la pensión compensatoria. La sentencia recurrida sigue la corriente mayoritaria que entiende que la extinción opera desde la fecha de la sentencia, sin efecto retroactivo. Pero señala que existe una contradicción entre las Audiencias Provinciales y cita como favorables a la recurrida las SSAP de Zamora de 15 de enero de 1999

(EDJ 1999, 2178); y de Córdoba de 12 de abril de 2000 (EDJ 2000, 22761); como sentencias contrarias la SAP de Barcelona de 12 de marzo de 2008 (EDJ 2008, 101209), que sostienen la posibilidad de retrotraer los efectos de la extinción de la pensión al tiempo de la concurrencia de la causa».

2.º El otro supuesto a que aludíamos más arriba: «el derecho a la pensión se extingue [...] por vivir maritalmente con otra persona». Se trata de una causa típica de nuestro ordenamiento encaminada a evitar el fraude de quienes no se casan legalmente y de este modo mantienen la pensión que disfruta uno de ellos⁶¹. La extinción del artículo 101.1 del Código civil va ligada siempre a una estabilidad en la convivencia, con la creación de una apariencia matrimonial⁶². Lo que inicialmente se estimó sobre el artículo 101.1 del Código civil era un supuesto de convivencia *more uxorio*, es decir, la creación de una apariencia de familia con relaciones de convivencia habituales no esporádicas u ocasionales que conlleva intimidad sexual⁶³. Por tanto, se trata de situaciones de vida análoga al matrimonio que puede abarcar relaciones homosexuales o heterosexuales⁶⁴. Se trata, como han puesto de relieve GUTIÉRREZ SANTIAGO y GARCÍA AMADO⁶⁵, de demostrar por parte del deudor de la pensión que la beneficiaria de la prestación: convive o cohabita con un tercero⁶⁶; de modo habitual o estable a una convivencia conyugal⁶⁷; o similar a la vida en común de forma matrimonial⁶⁸. A este respecto deduce GUTIÉRREZ SANTIAGO, que la línea jurisprudencia expuesta interpretada a *sensu contrario* muestra que la falta de cualquiera de los presupuesto mantiene la pensión compensatoria⁶⁹.

Así, la STS de 9 de febrero de 2012 (EDJ 2012, 15738), resulta importante, pues aporta un nuevo criterio a lo que debe entenderse «vivir maritalmente con otra persona», dice el FD 4.º. «Desde la entrada en vigor de la ley de 17 de julio de 1981, se ha intentado interpretar la disposición contenida en el artículo 101.1 del Código civil, que ahora resulta cuestionada en este litigio. En la doctrina se han mantenido dos posturas: la de quienes entienden que el *Código civil* utiliza la expresión “vivir maritalmente” como equivalente a convivencia matrimonial, y la que de quienes entienden que cualquier tipo de convivencia estable de pareja lleva a la extinción de la pensión y que no quedan incluidas las convivencias ocasionales o esporádicas. Esta misma discrepancia se ha reproducido en las sentencias de las Audiencias Provinciales.

Para darle sentido a dicha regla, deben utilizarse dos cánones interpretativos: el de la finalidad de la norma y el de la realidad social del tiempo en que la norma debe ser aplicada. De acuerdo con el primero, la razón por la que se introdujo esta causa de extinción de la pensión compensatoria fue la de evitar que se ocultaran auténticas situaciones de convivencia con carácter de estabilidad, más o menos prolongadas, no formalizadas como matrimonio, precisamente para impedir la pérdida de la pensión compensatoria, ya que se preveía inicialmente solo como de pérdida el nuevo matrimonio del cónyuge acreedor [...].

Utilizando el segundo canon interpretativo, es decir, el relativo a la realidad social del tiempo en que la norma debe aplicarse, debe señalarse asimismo que la calificación de la expresión “vida marital con otra persona” puede hacerse desde dos puntos de vistas distintos: uno, desde el subjetivo, que se materializa en el hecho de que los miembros de la nueva pareja asuman un compromiso serio y duradero, basado en la fidelidad, con ausencia de forma; otro, el elemento objetivo, basado en la convivencia estable. En general, se sostiene que se produce esta convivencia cuando los sujetos viven como cónyuges, es decir, *more uxorio*, y ello produce una creencia generalizada sobre el carácter de sus relaciones. Los dos sistemas de aproximación a la naturaleza de lo que el Código denomina “vida

marital” son complementarios, no se excluyen y el carácter no indisoluble del matrimonio en la actualidad no permite un acercamiento entre las dos instituciones sobre la base de criterios puramente objetivos distintos de la existencia de forma, porque es matrimonio el que se ha prolongado durante un mes siempre que haya habido forma y es convivencia marital la que ha durado treinta años, pero sin que haya concurrido la forma del matrimonio»⁷⁰. En análogos términos la STS de 28 de marzo de 2012 (*EDJ* 2012, 66873).

VII. LA TRANSMISIÓN DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA: ARTÍCULO 101.2 DEL CÓDIGO CIVIL

De la redacción del artículo 101.2 del Código civil podemos deducir que no es causa de extinción de la pensión compensatoria el hecho de la muerte del deudor⁷¹. Ya que, los herederos del obligado quedan subrogados en la posición del causante y, por tanto, asumen la deuda (art. 656 CC), lo que sí otorga el mencionado artículo 101.2 es la posibilidad de que dichos herederos puedan solicitar la reducción o la supresión de la deuda compensatoria cuando el caudal hereditario quede afectado por el derecho a la legítima⁷². Así, la SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2002 (*EDJ* 2002, 102473), estableció en su FD 3.º que «centrándonos en el estudio del primer motivo del recurso que formula la apelante, este ha de ser acogido, en tanto la muerte del deudor no extingue por sí el derecho a la pensión compensatoria, por tanto, mientras no se decreta oficialmente la suspensión o reducción, a petición de los herederos, si el caudal relicto no bastare a satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima, será aquel derecho exigible y ejecutable la sentencia que lo reconoció a tenor literal del artículo 101 párrafo segundo del Código civil».

El artículo 101.2 está pensado en la deuda contraída por el deudor de una pensión compensatoria, que a su fallecimiento no la suprime, sino que se transmite a sus legitimarios y, en consecuencia, los nuevos deudores responden por la deuda, pero condicionada al caudal relicto⁷³. Así, la SAP de Sevilla de 5 de febrero de 1999 (*EDJ* 1999, 8682), estableció que «tampoco puede aceptarse la tesis de la parte apelante de que la aceptación pura y simple obliga sin más a los herederos al pago de la pensión compensatoria cuya supresión se pide. La aceptación pura y simple obliga efectivamente a los herederos a hacerse cargo de las deudas de la herencia y por ello precisamente están legitimados para pedir la extinción de la deuda consistente en pagar una pensión compensatoria. No se trata, por tanto, de que los herederos afirmen que no les corresponde esa deuda, sino que correspondiéndoles y como tales deudores alegan la procedencia de extinción por una causa legalmente prevista en la Ley».

La remisión tácita de la deuda se fundamenta en el desequilibrio económico que la separación o el divorcio proporciona a uno de los cónyuges y con la muerte del obligado al pago no se extingue, sino se considera la pensión como parte del pasivo de la herencia, salvo que afecte a la legítima de los herederos forzosos en cuyo caso podrán solicitar del juez la reducción o la supresión⁷⁴. En este sentido la STSJ de Cataluña de 26 de julio de 1999 (*EDJ* 1999, 57122), dispuso en su FD 4.º que: «El segundo motivo de recurso estima infringido el artículo 86.2 del *Codi de Família* y, subsidiariamente, el artículo 101 párrafo segundo del *Código civil*. Opina el recurrente que la pensión compensatoria es una obligación de carácter personalísimo establecida como consecuencia de la separación o divor-

cio y que, como tal, debiera extinguirse con la muerte el cónyuge deudor; pero, excepcionalmente, se transmite al heredero, lo que obliga a una interpretación de sus normas sumamente rigurosa y prudente [...] Debe recordarse al respecto que el citado precepto efectivamente dispone, en su segundo párrafo, la transmisión al heredero del pago de la pensión compensatoria y admite su supresión cuando el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima. Se trata, por tanto, de una obligación personalísima —como admite toda la doctrina— surgida de un *status* matrimonial, que excepcionalmente se transmite al heredero, convirtiéndose entonces en una obligación con cargo a la herencia. Esta es la opción legislativa actual a la que se debe el intérprete y aplicador de la norma, cualquiera que sea su opinión al respecto. Como obligación con cargo a la herencia podrá reducirse o eliminarse cuando la propia herencia no pueda soportarla».

Cabe la posibilidad de que el deudor de una pensión compensatoria pueda testar dicha obligación a título de legado⁷⁵; que, si coincide con el heredero estamos ante un prelegado (art. 859.º CC)⁷⁶, como cabe también según LALANA DEL CASTILLO⁷⁷ dividir toda la herencia en legados (art. 891 CC); que, de coincidir en el legatario la carga de pagar la deuda estamos ante un sublegado, de igual modo puede ordenar a favor del excónyuge la entrega de un bien (usufructo de herencia) o una cantidad de dinero⁷⁸. En el primer supuesto el beneficiario o acreedor puede no aceptar el legado y, por tanto, la sustitución no se produce, pero sigue conservando el derecho a reclamar la pensión compensatoria, pero si acepta el legado y se hace constar como imputación de pago extingue la pensión (art. 873 CC)⁷⁹. En el segundo supuesto estamos ante una sustitución, artículos 99 y 839 del Código civil, de igual modo el acreedor deberá aceptar, en caso contrario, conservará el derecho a reclamar la pensión⁸⁰. La SAP de Cádiz de 14 de septiembre de 2001 (*EDJ* 2001, 50745), en su FD 3.º estableció que: «Esta Sala a la vista de la prueba practicada en la instancia, en especial la de documentos; no puede por más que revocar la sentencia recurrida, por entender que, si bien la pensión de autos —75.000 pesetas mensuales— tenía en principio el carácter de alimentos y así se constituyó primitivamente; sin embargo, por el juego de la facultad que concede u otorga el artículo 99 del Código civil dependiente del principio dispositivo de autonomía de la voluntad de las partes, los herederos legatarios del esposo, hijas y compañera sentimental llegan a un acuerdo adoptado libremente de cambiar la pensión de alimentos por otra de carácter compensatorio y, al mismo tiempo sustituir su forma de pago, sustituyendo el pago de una cantidad mensual por la constitución de un usufructo a favor de la apelada legataria sobre el tercio de libre disposición al que, de acuerdo con lo normado en el artículo 868 del Código civil, quedaría gravado de forma vitalicia —igual que el usufructo— por la pensión establecida a favor de la exesposa. Así, en el año 1990 se suscribe la escritura de partición de herencia del fallecido y en la misma, quizás en compensación de que había mejorado de forma ostensible a su hija (1/3 de mejora, 1/3 de libre disposición y 1/3 de legítima estricta en compañía de sus hermanas de sangre y mediante legado a su compañera sentimental, se grava el legado constituido con el usufructo vitalicio del 1/3 de libre disposición, con la carga del pago de la pensión también de forma vitalicia). De tal forma, voluntariamente las partes afectadas, de común acuerdo, deciden libremente dar a la pensión el carácter o naturaleza de compensatoria y sustituir su forma de pago mediante mensualidades por una operación consistente en constituir el usufructo y gravar a este con la carga o gravamen de la pensión».

VII. CONCLUSIÓN

I. La Ley 30/1981, de 7 de julio, reproduce el divorcio en nuestra legislación, estableciendo una dualidad de trámites: separación primero, divorcio después, basado en la idea de la culpa o sanción de uno de los cónyuges. Reforma que, por otro lado, reintroduce nueva redacción en el artículo 97.1 del Código civil que estableció seis supuestos que vinculan la pensión compensatoria al desequilibrio económico en beneficio de uno de los cónyuges, por tanto, se otorga ante el empeoramiento de la situación económica producida por la separación o divorcio, añadiendo el mecanismo de actualización, garantía y efectividad.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, viene a proporcionar una nueva redacción en el primer párrafo del artículo 97 del Código civil, sustituyendo la expresión «tiene derecho a una pensión» por «tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia». De este modo se incorpora la temporalidad, la naturaleza dispositiva del convenio regulador y la finalidad reequilibradora, debiendo acreditar que, como consecuencia de la separación o el divorcio, se padece un empeoramiento económico en uno de los cónyuges en relación con el otro.

II. La nueva Ley General de la Seguridad Social, consolida en su artículo 220.1 el derecho a la percepción de una pensión de viudedad para las personas separadas o divorciadas judicialmente, a la vez que son beneficiarias de una pensión compensatoria y esta quedase extinguida por fallecimiento del causante.

Los pactos prenupciales no vienen regulados en nuestro *Código civil*, pero sí en el Derecho Foral. El artículo 97 del Código civil es una norma de derecho dispositivo y, por tanto, puede ser renunciada por las partes de común acuerdo.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR RUIZ, L. (2014). Los pactos prematrimoniales: El papel de la autorregulación en las crisis de pareja, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI, Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, coord. por Leonor Aguilar Ruiz *et al.*, 1.^a edición, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- AGUILAR RUIZ, L. y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006). Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: Autonomía de la voluntad y control judicial, *RJN*, 57: 9-44.
- ANGOSTO SÁEZ, J.F. (2000). La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código civil, *Libro homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, tomo 1.º, Almería: Universidad de Almería.
- ANTÓN JUÁREZ, I. (2015). Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado, www.uc3m.es/cdt, (6 de agosto de 2018).
- BARRIO GALLARDO, A. (2013). Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 46:74-87.
- BELÍO PASCUAL, A.C. (2013). *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2000, de 8 de julio)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2013). De nuevo sobre la pensión compensatoria, *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Joaquín José Rams Albesa*, coord. por Matilde Cuena Casas, *et al.*, 1.^a edición, Madrid: Editorial Dykinson.

- (2018). Pactos en previsión de ruptura matrimonial, *La Ley Derecho de Familia*, 5: 1-32, <http://revista.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4s> (8 de agosto de 2018).
- CABEZUELO ARENAS, A.L. (2004). ¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, *Aranzadi Civil*, 3: 2375-2394.
- (2014). Pactos preventivos sobre la pensión compensatoria, El papel de la autorregulación en las crisis de pareja, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI, Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, coord. por Leonor Aguilar Ruiz, et al., 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994). *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio: Especial consideración de sus presupuestos de otorgamiento*, 3.ª edición, Barcelona: José María Bosch, Editor.
- CANALS PARETS, M.ª C. (2018). La pensión de viudedad en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigido por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla et al., Valencia: Tirant lo Blanch.
- CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2018). Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura en nuestro Derecho actual. A propósito de la sentencia del TS de 24 de junio de 2015, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla et al., Valencia: Tirant lo Blanch.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1985). En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del *Código civil*, *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid: Centro de Estudios Hipotecarios.
- DE LA HAZA DÍAZ, P. (1988). La transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y de divorcio, *Actualidad Civil*, 609: 1949-1966.
- (1989). *La pensión de separación y divorcio*, Madrid: La Ley.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2012). El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial. Cuestiones jurisprudenciales, *RCDI*, 734: 3435-3666.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (1950). La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: Algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación, *BMJ*, 1950: 3213-3234.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel Albaladejo García, tomo 2.º, Madrid: Editorial RDP.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2003). Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil, *ADC*, 56 (fascículo 4.º): 1653-1673.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (1996). *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada: Editorial Comares.
- GONZÁLEZ DEL POZO, J.P. (2008). Acuerdos y contratos prematrimoniales (I), *Boletín de Derecho de Familia*, 81: 9-13.
- (2008). Acuerdos y contratos prematrimoniales (II), *Boletín de Derecho de Familia*, 82: 1-9.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. (2013). *La «Vida Marital» del perceptor de la pensión compensatoria*, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- GUTIÉRREZ SANTIAGO P. y GARCÍA AMADO J.A. (2013). La “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria. (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del *Código civil*, *Revista Digital*

- Facultad de Derecho*, 6: 1-37. portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,27606090&_dad=portal&_schema... (8 de agosto de 2018).
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D. (2017). *Estudios crítico de la pensión compensatoria*, Madrid: Editorial Reus.
- HERRANZ GONZÁLEZ, A. (2018). *Pensión compensatoria. Cuestiones prácticas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigido por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla *et al*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LALANA DEL CASTILLO, C.E. (1993). *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona: José María Bosch, Editor.
- LASARTE ALVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R. (1982). *Matrimonio Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, coord. por José Luis Lacruz Berdejo, 1.^a edición, Madrid: Editorial Civitas.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1995). El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del *Código civil* a la muerte del cónyuge deudor, *RGD*, 604-660: 31-47.
- LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. (2010). El nuevo artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y su incidencia en la pensión compensatoria en los supuestos de separación y divorcio, *AEQUALITAS*, 27: 16-41.
- MAGRO SERVET, V. (2012). La extinción de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma. Análisis de la STS de 9 de febrero de 2012, *La Ley* n.º 4984, 1-13.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.^a del Mar (2014). Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria, *RCDI*, 742: 383-412.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). *Comentarios al Código civil*, dirigido por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.^a ed. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2016). *Código civil comentado*, dirigido por Ana Cañizares Laso *et al*, vol. 1.º, 2.^a edición, Pamplona: Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011). *Pactos prematrimoniales*, Madrid: Editorial Tecnos.
- MONTERO AROCA, J. (2002). *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio (La aplicación práctica de los artículos 97, 99, 100 y 101 del Código civil)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORENO VELASCO, V. (2010). La relación de causalidad matrimonial-desequilibrio en la pensión compensatoria, *La Ley* n.º 13283: 1-6.
- NAVARRO MIRANDA, J.R. (2016). *Código civil comentado*, dirigido por Ana Cañizares Laso, *et al*, vol. 1.º, 2.^a edición, Pamplona: Thomson Reuters.
- PARRA TREGÓN, D. (1996). Estudio práctico sobre la modificación y extinción de la pensión compensatoria, *RJC*, 2: 517-530.
- RAMS ALBESA, J. (2000). *Comentarios al Código civil*, coord. por Joaquín Rams Albesa y Rosa M.^a Moreno Flórez, tomo 2.º, vol. 1.º, Barcelona: José María Bosch, Editor.
- REBOLLEDO VARELA, A.L. (2008). Pactos en previsión de una ruptura matrimonial. (Reflexiones a la luz del *Código civil*, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del *Código civil* de Cataluña), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, coord. por Javier Gómez Gállego, 1.^a edición, vol. 1.º, Pamplona: Thomson Civitas.
- ROCA TRÍAS, E. (1984). *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, MANUEL AMORÓS GUARDIOLA *et al*, vol. 1.º, Madrid: Editorial Tecnos.

- SILLERO CROVETTO, B. (2018). Acuerdos prematrimoniales: Legalidad y contenido, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla, et al, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014). Criterio jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. por Luis Díez-Picazo, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Ruters-Aranzadi.
- SOLÉ RESINA, J. (2018). Ni contigo ni sin ti: La difícil relación entre la pensión de viudedad y la pensión compensatoria, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigida por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla et al, Valencia: Tirant lo Blanch.
- TORRES LANA, J.A. (1982). *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro primero del Código civil*, coord. por José Luis Lacruz Berdejo, 1.ª edición, Madrid: Editorial Civitas.

ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS de 18 de marzo de 1982 (RJ 1982, 1385)
- STS de 2 de diciembre de 1987 (STS 7718/1987)
- STS de 2 de diciembre de 1987 (STS 8855/1987)
- STS de 2 de diciembre de 1987 (EDJ 1987, 8926)
- STS 21 de abril de 1997 (RJ 1997, 3434)
- STS de 22 de abril de 1997 (STS 1997, 2817)
- STS de 25 de junio de 1997 (RJ 1997, 4553)
- STS de 1 de marzo de 2000 (EDJ 2000, 2546)
- STS de 29 de julio de 2002 (EDJ 2002, 28164)
- STS de 10 de febrero de 2005 (LA LEY 2005, 855)
- STS de 17 de octubre de 2007 (RJ 2007, 1053)
- STS de 3 de octubre de 2008 (EDJ 2008, 185056)
- STS de 17 de octubre de 2008 (STS 2008, 5543)
- STS de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 2008, 169518)
- STS de 21 de noviembre de 2008 (STS 2008, 621)
- STS de 10 de marzo de 2009 (EDJ 2009, 25486)
- STS de 17 de julio de 2009 (EDJ 2009, 76001)
- STS de 29 de septiembre de 2009 (STS 2010, 418)
- STS de 19 de enero de 2010 (STS 2010, 327)
- STS de 28 de abril de 2010 (STS 2010, 2165)
- STS de 20 de septiembre de 2010 (STS 2010, 4718)
- STS de 31 de marzo de 2011 (RJ 2011, 3137)
- STS de 27 de junio de 2011 (EDJ 2011, 146902)
- STS de 5 de septiembre de 2011 (EDJ 2011, 226238)
- STS de 3 de octubre de 2011 (EDJ 2011, 224291)
- STS de 27 de octubre de 2011 (EDJ 2011, 262921)
- STS de 23 de noviembre de 2011 (EDJ 2011, 276204)
- STS de 24 de noviembre de 2011 (STS 2011, 720)
- STS de 24 de noviembre de 2011 (EDJ 2011, 295471)
- STS de 24 de noviembre de 2011 (STS 2011, 8402)
- STS de 25 de noviembre de 2011 (EDJ 2011, 276925)
- STS de 10 de enero de 2012 (STS 2012, 627)
- STS de 9 de febrero de 2012 (EDJ 2012, 15738)

- STS de 10 de febrero de 2012 (*EDJ* 2012, 294516)
- STS de 28 de marzo de 2013 (*EDJ* 2012, 66873)
- STS de 20 de junio de 2013 (*EDJ* 2013, 115329)
- STS de 19 de febrero de 2014 (*EDJ* 2014, 21207)
- STS de 25 de marzo de 2014 (*EDJ* 2014, 76001)
- STS de 2 de junio de 2015 (*EDJ* 2015, 105423)
- STS de 24 de junio de 2015 (*EDJ* 2015, 112273)
- STS de 20 de julio de 2015 (STS 2014, 1791)
- STS de 19 de febrero de 2016 (*EDJ* 2016, 2967)
- STS de 1 de marzo de 2016 (STS 2016, 791)
- STS de 19 de enero de 2017 (STS 2017, 115)
- STS de 27 de enero de 2017 (STS 2017, 174)
- STS de 3 de febrero de 2017 (STS 2017, 355)
- STS de 9 de febrero de 2017 (STS 2017, 375)
- STS de 24 de febrero de 2017 (STS 2017, 715)
- STS de 4 de abril de 2017 (STS 2017, 1360)
- STS de 30 de mayo de 2017 (STS 2017, 2144)
- STS de 30 de mayo de 2017 (*EDJ* 2017, 88689)
- STS de 20 de junio de 2017 (STS 2017, 2505)
- STS de 20 de junio de 2017 (*EDJ* 2017, 124631)
- STS de 21 de junio de 2017 (STS 2017, 2701)
- STS de 27 de junio de 2017 (STS 2017, 2718)
- STS de 13 de septiembre de 2017 (STS 2017, 3273)
- STS de 2 de octubre de 2017 (STS 2017, 3379)
- STS de 6 de octubre de 2017 (STS 2017, 3475)
- STS de 6 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 201850)
- STS de 11 de octubre de 2017 (STS 2017, 3534)
- STS de 11 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 208889)
- STS de 25 de octubre de 2017 (STS 2017, 3754)
- STS de 6 de noviembre de 2017 (STS 2017, 3801)
- STS de 15 de noviembre de 2017 (*EDJ* 2017, 250534)
- STS de 20 de noviembre de 2017 (STS 2017, 4154)
- STS de 4 de diciembre de 2017 (*EDJ* 2012, 294515)
- STS de 10 de enero de 2018 (STS 2018, 3)
- STS de 10 de enero de 2018 (*EDJ* 2018, 727)
- STS de 7 de febrero de 2018 (STS 2018, 311)
- STS de 14 de febrero de 2018 (STS 2018, 407)
- STS de 14 de febrero de 2018 (STS 2018, 408)
- STS de 7 de marzo de 2018 (STS 2018, 675)
- STS de 14 de marzo de 2018 (*EDJ* 2018, 942)
- STS de 15 de marzo de 2018 (STS 2018, 937)

- STSJ de Cataluña de 20 de julio de 1999 (*EDJ* 1999, 57122)
- STSJ de Andalucía (Sala de lo Social) de 18 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 322016)
- STSJ de Madrid (Sala de lo Social) de 3 de octubre de 2017 (*EDJ* 2017, 272417)

- SAP de Oviedo de 23 de septiembre de 1998 (SAP O 1998, 2735)
- SAP de Zamora de 15 de enero de 1999 (*EDJ* 1999, 2178)
- SAP de Sevilla de 5 de febrero de 1999 (*EDJ* 1999, 8682)

- SAP de Córdoba de 12 de abril de 2000 (*EDJ* 2000, 22761)
- SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (*EDJ* 2000, 113405)
- SAP de Cádiz de 14 de septiembre de 2001 (*EDJ* 2001, 50745)
- SAP de Madrid de 6 de noviembre de 2002 (*EDJ* 2002, 102473)
- SAP de Barcelona de 12 de marzo de 2008 (*EDJ* 2008, 101209)
- SAP de Las Palmas de 6 de febrero de 2012 (*EDJ* 2012, 245161)
- SAP de Valencia de 3 de abril de 2012 (SAP V 2012, 826)
- SAP de A Coruña de 27 de marzo de 2013 (*EDJ* 2013, 81512)
- SAP de Zaragoza de 23 de diciembre de 2016 (*EDJ* 2016, 246840)
- SAP de Asturias de 10 de marzo de 2017 (*EDJ* 2017, 54602)
- SAP de Valencia de 6 de abril de 2017 (*EDJ* 2017, 103889)
- SAP de Valladolid de 26 de abril de 2018 (*EDJ* 2018, 92030)

NOTAS

¹ BOE n.º 172, de 20 de julio de 1981.

² BOE n.º 163, de 9 de julio de 2005.

³ BOE n.º 158, de 3 de julio de 2015 y n.º 210 de 2 de septiembre de 2015.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2016): *Código civil comentado*, vol. 1.º, 2.ª edición, dirigidos por Ana Cañizares Laso et al, Pamplona, 543.

⁵ ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2003): La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación, *B.M.J.*, 7; MORENO VELASCO, V. (2010): La relación de causalidad matrimonial-desequilibrio en la pensión compensatoria, *Diario La Ley*, n.º 7522, 2; DE LA IGLESIA MONJE, M.ª I. (2012): El desequilibrio económico en la pensión compensatoria y el régimen económico-matrimonial: cuestiones jurisprudenciales, *RCDI*, 3517-3518.

⁶ (1982): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, tomo 2.º, 2.ª edición, 419-429; LALANA DEL CASTILLO, C. (1993): *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, 90-91.

⁷ LASARTE ÁLVAREZ, C. y VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (1982): *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil*, coord. por José Luis Lacruz Berdejo, Madrid, 748; RAMS ALBESA, J. (2000): *Comentarios al Código civil II*, coord. por Joaquín Rams Albesa y Rosa M.ª Moreno Flórez, tomo 2.º, vol. 1.º, Barcelona, 1023, «el texto del artículo 97 se inspira en la letra de la de denominada *prestation compensatore* del Derecho francés y se concibe como un elemento corrector del desequilibrio generado como consecuencia directa e inmediata de la separación o divorcio acordados».

⁸ LALANA DEL CASTILLO, *op. cit.*, 102-103.

⁹ En igual sentido las SSTS de 2 de diciembre de 1987 (STS 8855/1987); 29 de julio de 2002 (*EDJ* 2002/28164); 10 de marzo de 2009 (*EDJ* 2009/25486); 17 de julio de 2009 (*EDJ* 2014/76001); 10 de enero de 2018 (STS 3/2018).

¹⁰ ECHEVARRÍA DE RADA, *op. cit.*, 9.

¹¹ En análogos términos las SSTS de 5 de noviembre de 2008 (LA LEY 169518/2008); 10 de marzo de 2009 (LA LEY 8747/2009); 19 de enero de 2010 (STS 327/2010).

¹² Las SSTS de 5 de septiembre de 2011 (*EDJ* 2011/226238), declara que las circunstancias del artículo 97 del Código civil «tiene la doble función de actuar como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y, una vez determinada la concurrencia del mismo, la de actuar como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión». En análogos términos las SSTS de 24 de noviembre de 2011 (STS 720/2011); 19 de febrero de 2014 (*EDJ* 2014/21207); 19 de enero de 2017 (STS 115/2017); 24 de febrero de 2017 (STS 715/2017); 4 de abril de 2017 (STS 1360/2017); 30 de mayo de 2017 (STS 2144/2017), 27 de junio de 2017 (STS 2718/2017); 13 de septiembre de 2017 (STS 3273/2017); 6 de octubre de 2017 (STS 3475/2017); 11 de octubre de 2017 (STS 3534/2017).

¹³ STS de 7 de febrero de 2018 (STS 311/2018), FD 3.º «para que pueda ser admitida la pensión es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges».

¹⁴ STS de 6 de noviembre de 2017 (STS 3801/2017), en su FD 4.º declaró «entendemos, por tanto, que dicha pensión compensatoria debe mantenerse en la cuantía señalada en la sentencia de instancia, si bien limitándola temporalmente durante un periodo de 6 años»; STS de 25 de octubre de 2017 (STS 3754/2017), FD 2.º «pero a partir de la valoración de esos factores, ya sea para fijar un límite temporal o la obligación como para fijar la cuantía de ella el juicio prospectivo del órgano judicial debe realizarse con prudencia, ponderación y con criterios de certidumbre».

¹⁵ (2013): *Comentarios al Código civil*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª edición, Pamplona, 251.

¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, (2016): *Código civil comentado, op. cit.*, 545.

¹⁷ En análogos términos las SSTS de 30 de mayo de 2017 (EDJ 2017/88689) y 6 de octubre de 2017 (EDJ 2017/201850).

¹⁸ (2013): *La pensión compensatoria (Ocho años de aplicación práctica de la Ley 15/2005, de 8 de julio)*, Valencia, 214 y sigs.

¹⁹ HERRANZ GONZÁLEZ, A. (2018): La pensión compensatoria, cuestiones prácticas a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla *et al*, Valencia, 550.

²⁰ BOE n.º 261, de 31 de octubre.

²¹ El artículo 220 de la LGSS/2015, tiene su precedente legislativo en el artículo 174.2 de la LGSS/1994, este precepto fue modificado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, posteriormente la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010; *Vid.* CANALS PARETS, M.ª C. (2018): La pensión de viudedad en los casos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla *et al*, Valencia, 493.

²² SOLÉ RESINA, J. (2018): Ni contigo ni sin ti: la difícil relación entre la pensión de viudedad y la pensión compensatoria, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla *et al*, Valencia, 624-625, señala que la pensión de viudedad y la pensión compensatoria son incompatibles, pero la LGSS arbitra la posibilidad de que ante el fallecimiento del causante o la no existencia del caudal hereditario se le reconozca una pensión de viudedad con el límite de la cuantía de la pensión compensatoria.

²³ Este párrafo tiene su origen en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

²⁴ Este párrafo fue introducido por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de P.G.E.

²⁵ GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2003): Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil, *A.D.C.*, 1659; SILLERO CROVETTO, B. (2018): Acuerdos prematrimoniales: legalidad y contenido, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla *et al*, 387.

²⁶ CERVILLA GARZÓN, M.ª D. (2018): Reflexiones en torno a los acuerdos prematrimoniales con previsiones de ruptura en nuestro Derecho actual, *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, dirigidos por Carlos Lasarte y María Dolores Cervilla, coord. por Margarita Castilla *et al*, 331-332; BARRIO GALLARDO, A. (2016): Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español, *RAFCJS*, 76.

²⁷ *Op. cit.* 397; ANTÓN JUÁREZ, I. (2015): Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho comparado, *www.uc3m.es/cdt.*, 35, (6 de agosto de 2018).

²⁸ *Op. cit.*, 1659; AGUILAR RUIZ, L. (2014): Los pactos prematrimoniales: El papel de la autorregulación en las crisis de pareja, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, coord. por Leonor Aguilar Ruiz *et al*, 27, afirma que los acuerdos prematrimoniales cabría en documento público independiente, pero

también en capitulaciones matrimoniales; CABEZUELO ARENAS, A.L. (2004): ¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones?, *Aranzadi Civil*, 2379, con base en el artículo 1328 del Código civil estima que la renuncia en capitulaciones que afecte a uno de los cónyuges es lesiva y, por tanto, nula; PASTOR VITA, F.J. (2003): La renuncia anticipada a la pensión compensatoria en capitulaciones matrimoniales, *R.D.F.*, 49-50, considera válida la renuncia a una pensión compensatoria, pero limitada. Es decir, la libertad de pactos no es absoluta; ya que, las capitulaciones están sujetas a lo dispuesto en los artículos 1255 y 1328 del Código civil.

²⁹ MARTÍNEZ ESCRIBANO, C. (2011): *Pactos prematrimoniales*, Madrid, 79 y sigs; GONZÁLEZ DEL POZO, J.P., (2008): Acuerdos y contratos prematrimoniales (I), *BDF*, 11; BERROCAL LANZAROT, A. I. (2015): Pactos en previsión de ruptura matrimonial, *La Ley*, <http://revista.laley.es/content/Documento.aspx?params=H4s/> (6 de agosto de 2018).

³⁰ BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, 5; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, 24; GONZÁLEZ DEL POZO, *op. cit.*, 11.

³¹ BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, 5; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, 24; MARTÍNEZ ESCRIBANO, *op. cit.*, 169, señala que los pactos prenupciales sobre compensación son admisibles conforme a lo dispuesto en el artículo 1271 del Código civil, o si se trata de un pacto de exclusión voluntaria según lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código civil. El resultado, añade, es el mismo, porque en ambos supuestos desemboca en la validez de los pactos relativos a la compensación; *cfr.* GONZÁLEZ DEL POZO, Acuerdos y contratos prematrimoniales (II), *B.D.F.*, 5; PASTOR VITA, *op. cit.*, 38-41.

³² BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, 5; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, 24; GONZÁLEZ DEL POZO, *op. cit.*, 11.

³³ CABEZUELO ARENAS, A.I. (2014): Pactos preventivos sobre pensión compensatoria, *Autonomía privada, familia y herencia en el siglo XXI. Cuestiones actuales y soluciones de futuro*, coord. por Leonor Aguilar Ruiz *et al.*, 41-42.

³⁴ *Op. cit.* 27.

³⁵ BERROCAL LANZAROT, *op. cit.*, 9; AGUILAR RUIZ, *op. cit.*, 35; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 1660; ANTÓN JUÁREZ, *op. cit.* 39; AGUILAR RUIZ, L y HORNERO MÉNDEZ, C. (2006): «Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial», *RJN*, 12; GASPAS LERA, S. (2011): Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad, *ADC*, 1058.

³⁶ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, op. cit.*, 438, REBOLLEDO VARELA, A.L. (2008): Pactos en previsión de una ruptura matrimonial. (Reflexiones a la luz del *Código civil*, del Código de Familia y del Anteproyecto de Ley del Libro II del *Código civil* de Cataluña, *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado*, tomo 1.º, vol. 1º, Pamplona, 738 y 749; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1985): En torno a la llamada pensión compensatoria del artículo 97 del *Código civil*, *Estudios en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 120.

³⁷ *Vid.* CERVILLA GARZÓN, *op. cit.*, 340-346, el comentario a esta sentencia.

³⁸ *Vid.* GASPAS LERA, *op. cit.*, 1061-1062, el comentario a esta sentencia.

³⁹ STS de 2 de diciembre de 1987 (*EDJ* 1987/8926).

⁴⁰ *Op. cit.*, 547.

⁴¹ BELÍO PASCUAL, *La pensión compensatoria, op. cit.*, 228.

⁴² LASARTE ÁLVAREZ, y VALPUESTA FERNÁNDEZ, (1982): *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil, op. cit.*, 770-773.

⁴³ (1984): *Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia*, vol. 1.º, Madrid, 634.

⁴⁴ ROCA TRÍAS, *op. cit.*, 635; en análogos términos SILLERO CROVETTO, B. (2014): Criterio jurisprudencial en torno a la pensión compensatoria, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel*, tomo 2.º, Pamplona, 3412.

⁴⁵ (1993): *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, 204-205.

⁴⁶ *Matrimonio y Divorcio*, en *El nuevo régimen de familia*, Madrid: Editorial Civitas, 372; TORRES LANA, J.A. (1982): *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil*, coord. por José Luis Lacruz Berdejo, Madrid, 786.

- ⁴⁷ Vid. BELÍO PASCUAL, *op. cit.*, 284.
- ⁴⁸ *Código civil comentado, op. cit.*, 555.
- ⁴⁹ *Op. cit.*, 285.
- ⁵⁰ ROCA TRÍAS, *op. cit.*, 636.
- ⁵¹ BELÍO PASCUAL, *op. cit.*, 289.
- ⁵² SAP de Oviedo de 23 de septiembre de 1998 (SAP O 2735/1998).
- ⁵³ SAP de Asturias de 10 de marzo de 2017 (EDJ 2017/54602).
- ⁵⁴ Criterio que ha sido reiterado por las SSTS de 3 de febrero de 2017 (STS 355/2017) y 14 de febrero de 2018 (STS 403/2018).
- ⁵⁵ *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, op. cit.*, pág. 441; ROCA TRIAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, op. cit.*, 641; LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil, op. cit.*, 787.
- ⁵⁶ BELÍO PASCUAL, *op. cit.*, 338; MONTERO AROCA, J. (2002): *La pensión compensatoria en la separación y en el divorcio*, Valencia, 255-257; ANGOSTO SÁEZ, J. F. (2000): La concesión con carácter temporal de la pensión por desequilibrio del artículo 97 del Código civil, *Libro homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, vol. 1.º, Almería, 144.
- ⁵⁷ MONTERO AROCA, *op. cit.*, 261-262; MANZANO FERNÁNDEZ, M.ª M. (2014): Una nueva perspectiva de la pensión compensatoria, *RCDI*. 403.
- ⁵⁸ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, op. cit.*, 442; ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, op. cit.*, 641.
- ⁵⁹ LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del libro primero del Código civil, op. cit.*, 790.
- ⁶⁰ GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, 442.
- ⁶¹ GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales, op. cit.*, 442; ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, op. cit.*, 642.
- ⁶² ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, op. cit.*, 643.
- ⁶³ LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil, op. cit.*, 792.
- ⁶⁴ MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013): *Comentarios al Código civil*, coord. por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 4.ª edición, Pamplona, 257.
- ⁶⁵ (2013): La “vida marital” como causa de extinción de la pensión compensatoria. (Paradojas y disfunciones en la interpretación del artículo 101.1 del Código civil, *R.F.D. UNED*, 6-8.
- ⁶⁶ SAP de Las Palmas de 6 de febrero de 2012 (EDJ 2012/245161).
- ⁶⁷ SAP de Valladolid de 26 de abril de 2018 (EDJ 2018/92030).
- ⁶⁸ SAP de A Coruña de 27 de marzo de 2013 (EDJ 2013/81512).
- ⁶⁹ (2013): *La «Vida Marital» del perceptor de la pensión compensatoria*, 1.ª edición, Pamplona, 221-222, «si no hay cohabitación en la misma vivienda; o la convivencia no es habitual y estable; o si, probada dicha convivencia no es análoga a la matrimonial; no estamos ante un supuesto de extinción de la pensión compensatoria».
- ⁷⁰ Vid. GUTIÉRREZ SANTIAGO y GARCÍA AMADO, *op. cit.*, 13-23; BELÍO PASCUAL, *op. cit.*, 362-365; MAGRO SERVET, V. (2012): La extensión de la pensión compensatoria por la razón de “vivir maritalmente con otra persona”, la receptora de la misma. Análisis de la STS de 9 de febrero de 2012, *La Ley* n.º 4984, 1-13.
- ⁷¹ ROCA TRÍAS, *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, op. cit.*, 645; DE LA HAZA DÍAZ, P. (1989): *La pensión de separación y divorcio*, Madrid, 144-145.
- ⁷² LÓPEZ y BELÍO PASCUAL, *op. cit.*, 417.
- ⁷³ GARCÍA CANTERO, *op. cit.*, 445; CAMPUZANO TOMÉ, H. (1994): *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, 3.ª ed. Barcelona, 217-218.
- ⁷⁴ LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil, op. cit.*, 797-798.
- ⁷⁵ ROCA TRÍAS, *op. cit.*, 647.
- ⁷⁶ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C. (1996): *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Granada, 67, 248-249.
- ⁷⁷ (1993): *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio, op. cit.* 271.

⁷⁸ DE LA HAZA DÍAZ. (1988): La transmisión *mortis causa* de la pensión de separación y divorcio, *Actualidad Civil*, 1961-1962; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (1995): El derecho a la pensión por desequilibrio económico del artículo 97 del *Código civil* a la muerte del cónyuge deudor, *R.G.D.*, 34; HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.^a D. (2017): *Estudios crítico de la pensión compensatoria*, Madrid, 145.

⁷⁹ ROCA TRÍAS, *op. cit.*, 647; DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 148; LALANA DEL CASTILLO, *op. cit.*, 270.

⁸⁰ DE LA HAZA DÍAZ, *op. cit.*, 152; LALANA DEL CASTILLO, *op. cit.*, 271-272.

1.3. Derechos reales

Estudio jurisprudencial del derecho de retracto arrendaticio

The right of first offer of the tenant

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

*Prof. Dra. de Derecho civil
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: El derecho de retracto arrendaticio en una finca urbana (que es el que se va a estudiar en estas líneas), tiene una serie de características y cuestiones todavía no pacíficas en la doctrina, debido en parte a las modificaciones legislativas a las que se ha visto sometido, que merecen ser analizadas a la luz de la jurisprudencia más reciente que ha ido perfilando aquellas. Por eso, se pretende en este artículo poner de relieve los cambios, aclaraciones y confirmaciones que el TS y la DGRN han ido estableciendo a la hora de ejercitar este derecho real de adquisición preferente que recae sobre finca urbana arrendada.

ABSTRACT: *The right of lease retraction, in an urban estate (which is the one that is going to be studied in these lines), has a series of characteristics and issues still not pacifying in the doctrine, due in part to the legislative modifications to which it has been seen submitted, that deserve to be analyzed in light of the most recent jurisprudence that has been shaping those. For this reason, it is intended in this article to highlight the changes, clarifications and confirmations that the TS and the DGRN have been qualifying on this real right of preferential acquisition that falls on leased urban land.*

PALABRAS CLAVE: Retracto. Arrendamiento. Arrendatario. Finca. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: *Right of first offer. Lease. Tenant. Estate. Land Register.*

SUMARIO: I. EL DERECHO REAL DE RETRACTO: CONCEPTO, REGULACIÓN Y CARACTERES. II. DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DEL ARRENDATARIO DE FINCA URBANA. III. PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATICIO Y SU EJERCICIO: III.1. CONDICIONES DE EJERCICIO: 1. Acto o negocio desencadenante del retracto. 2. Sujeto del retracto: Condición de arrendatario de la finca. 3. Plazo del ejercicio del retracto y notificaciones. III.2. OBJETO DEL RETRACTO. III.3. RENUNCIA AL RETRACTO. III.4. PREFERENCIAS.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL DERECHO REAL DE RETRACTO: CONCEPTO, REGULACIÓN Y CARACTERES

El derecho real de retracto es un derecho de adquisición preferente que otorga a su titular la facultad de adquirir con preferencia a cualquier otro el bien sobre el que recae. Este derecho es normalmente estudiado conjuntamente con el derecho de tanteo, pero se diferencia netamente de aquel en que el retracto otorga a su titular la facultad de retraer, es decir, que su titular puede ejercitar su derecho de adquirir preferentemente frente a otro, después de que ese primer adquirente ya hubiese adquirido la propiedad del bien transmitido, y arrebatárselo a este, para ingresarlo en el patrimonio del retrayente, siempre que lo haga en los plazos y condiciones que la ley establece; mientras que el tanteo supone la facultad de adquirir ese bien en cuestión, siempre que su propiedad no haya sido todavía transmitida a un tercero, con anterioridad a dicha transmisión¹.

Pues bien, el derecho de retracto está perfectamente admitido y regulado con carácter general en nuestro Código civil (a diferencia del tanteo), en los artículos 1507 a 1525, en sede de compraventa, pues es este el supuesto más frecuente² en el que el retrayente ejercita su derecho cuando se vende a un tercero la cosa sobre la que recae el derecho de retracto, readquiriendo la cosa ya vendida, o se permite al vendedor recuperar la cosa vendida ante el incumplimiento del pago del comprador.

Con carácter general el del Código civil establece dos tipos de derechos de retracto: el legal y el convencional.

Convencional, el que se ha establecido por la voluntad de las partes, y está recogido en los artículos 1507-1520 del Código civil, aunque realmente lo que el Código civil regula es la venta a carta de gracia, o el pacto de retro, que ofrece a su titular, el vendedor, la posibilidad de recuperar la cosa vendida, pagando el precio que pagó el comprador, subrogándose en su posición, cuando el comprador incumpla su obligación del pago —normalmente aplazado— del precio de la cosa; funciona a modo de garantía, y da lugar a la resolución del contrato de compraventa. El vendedor tiene un plazo legal de 4 años si nada se hubiera pactado, o un máximo de 10, para ejercitar este derecho de retracto, desde que se formalizó el contrato de compraventa, reembolsando el precio y los gastos de dicha compraventa al comprador. Junto a este tipo de retracto convencional a favor únicamente del vendedor, existe el derecho de retracto voluntario a favor de un tercero (no es el vendedor), de recuperar una cosa previamente vendida (readquirirla), abonando su precio y gastos al comprador cuando así se hubiera establecido entre las partes³.

Por su parte, el retracto legal es aquel que establece la ley, *ope legis*, en determinados supuestos perfectamente concretos, sin necesidad por tanto de que exista un convenio previo entre las partes para admitirlo, regulado de forma general en los artículos 1521 a 1525 del Código civil, aunque existe otra serie de retractos legales diseminados en otros artículos del Código civil (enfiteusis, de primeras cepas), e incluso en otros cuerpos legales, por ejemplo, LAU y LAR que recogen el retracto arrendaticio, o la Ley de Montes, o Ley de Patrimonio de Administraciones públicas, o LHMPSD, entre otras.

En concreto los retractos legales que establece el Código civil son: a) Comunes: 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 (1522 CC); b) Coherederos: 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 (1067 CC); c) Enfiteusis: Corresponden recíprocamente al dueño directo y al útil el derecho de tanteo y el de retracto, siempre que vendan o den en pago su respectivo dominio sobre la finca enfiteútica (1636 CC); d) A primeras cepas: Es el contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cesionario una renta o pensión anual en frutos o en dinero. En las enajenaciones a título oneroso, el cedente y el cesionario tendrán recíprocamente los derechos de tanteo y de retracto, conforme a lo prevenido para la enfiteusis, y con la obligación de darse el aviso previo que se ordena en el artículo 1637 del Código civil. e) Colindantes: También tendrán el derecho de retracto los propietarios de las tierras colindantes cuando se trate de la venta de una finca rústica cuya cabida no exceda de una hectárea (1523 CC).

Entre los retractos legales reconocidos en otras leyes destacan el retracto en la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU) y Rústicos (LAR), a favor del arrendatario cuando el arrendador enajene la finca arrendada a un tercero; también los encontramos en otras disposiciones, como puede ser el retracto a favor de comunidades autónomas de determinados montes (art. 25 Ley de Montes) o el derecho de retracto de los propietarios de fincas colindantes, que sean titulares de explotaciones prioritarias agrarias, cuando se trate de la venta de una finca rústica de superficie inferior al doble de la unidad mínima de cultivo (art. 27 Ley de Explotaciones agrarias); o el reconocido a favor de los titulares de derechos vigentes sobre bienes patrimoniales, cuando se acuerde la enajenación onerosa de los mismos (art. 103 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas 2003); o el derecho a favor de la Administración del Estado para adquirir fincas en zonas con especiales servidumbres de protección (Ley de Costas 1988); o de los ayuntamientos para readquirir fincas situadas dentro de las áreas previamente delimitadas como de tanteo y retracto, y que consten así en el Registro de la Propiedad (arts. 83-86 RD 1093/1997 para la inscripción en el Registro de actos de naturaleza urbanística).

Cada uno de estos retractos legales establecidos en leyes especiales tiene sus peculiaridades en cuanto a plazo de ejercicio y condiciones, siendo común para los establecidos en el Código civil que el plazo de ejercicio sea de 9 días contados desde la inscripción de la venta en el Registro, o desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la misma y, además, se le aplica lo dispuesto para el retracto convencional en el artículo 1518 en cuanto al precio y gastos que debe abonar el retrayente.

Como condiciones generales de ejercicio para todos los retractos legales, podemos decir que para todos ellos es preciso que: a) Que se haya producido un contrato de compraventa perfeccionado y consumado con transmisión de la propiedad a un tercero⁴; b) que sea una ley la que atribuya expresamente al retrayente el derecho a subrogarse en la posición del tercero; c) que la subrogación se produzca en los mismos términos y circunstancias de la venta; d) que el primitivo comprador quede en las mismas circunstancias en que se encontraba antes de la venta, recuperando todo el precio y gastos realizados; e) la enajenación debe ser compra o dación en pago, sin que quepa en transmisiones gratuitas, u otro tipo de transmisión onerosa (permuta); aunque, como luego veremos, también cabe en adjudicaciones judiciales o ventas forzosas⁵; f) el ejercicio de este derecho se produce a través de la acción de retracto, regulada en el artículo 249.1.7 LEC.

Visto el panorama general de los derechos de retracto, conviene que nos centremos ahora en un derecho de retracto legal concreto: el que tiene a su favor el arrendatario de una finca urbana sobre la que se ha establecido un derecho de arrendamiento sometido a la LAU. Este derecho de retracto a favor del arrendatario cuando el propietario enajena la finca en la que él vive a un tercero, es el retracto arrendaticio, que está regulado en el artículo 25 LAU, y que ha dado lugar a una serie de cuestiones controvertidas en la jurisprudencia que vamos a tratar de exponer a continuación.

II. DERECHO DE RETRACTO A FAVOR DEL ARRENDATARIO DE FINCA URBANA

El artículo 25 LAU establece que «en caso de venta de la vivienda arrendada, tendrá el arrendatario derecho de adquisición preferente sobre la misma, en las condiciones previstas en los apartados siguientes», exponiendo a continuación dichas condiciones. En este artículo 25 de la LAU, como luego se verá, otorga al arrendatario tanto un derecho de tanteo (antes de la venta de la finca), como un derecho de retracto legal.

Lo primero que hay que decir al tratar de explicar este concreto derecho de tanteo y retracto es que el mismo ha variado a lo largo de las sucesivas modificaciones de la LAU, y que será de aplicación en cada caso —como ocurre siempre con los arrendamientos—, la LAU vigente en el momento de suscribir el contrato y, por lo tanto, el derecho de retracto del inquilino será aquel que contemple la concreta redacción de la LAU vigente en su momento.

No obstante, delimitamos nuestro estudio al retracto establecido en la LAU de 1994, modificada por la Ley 2013, y que acaba de volver a modificarse por el Real Decreto-ley 7/ 2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, olvidándonos de los textos anteriores de la LAU 1964 y sus modificaciones de 1985, por estar la mayoría de los arrendamientos actuales regidos por la LAU 1994. Estas modificaciones legales han introducido, a su vez, cambios en el propio derecho de retracto; luego, habrá que delimitar también para saber el régimen que debe seguir el retracto arrendaticio de finca urbana, la fecha del contrato de arrendamiento, y por tanto la versión que deba aplicarse de la LAU 1994 al mismo.

La LAU de 1994 recoge el derecho de retracto legal a favor del arrendatario de finca urbana en el artículo 25, junto con el previo derecho de tanteo. Esta ley que vamos a examinar será aplicable a los contratos de arrendamientos urbanos suscritos a partir de 1 de enero de 1995. Posteriormente ha sido modificado por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del alquiler y señalaremos en cada caso las respectivas modificaciones que haya sufrido.

Este artículo atribuye al arrendatario la facultad de ejercitar el derecho de tanteo dentro de los treinta días naturales siguientes a la notificación fehaciente de la intención de enajenar del propietario de la finca, que siempre debe contener las condiciones exactas de dicha transmisión. Caso de no haberse producido la notificación, o caso de que las condiciones en que se realiza la venta fueran distintas a las pactadas, el arrendatario podrá ejercitar el retracto en los treinta días naturales siguientes a la notificación fehaciente que debe realizar el adquirente, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuere formalizada.

Para garantizar estos derechos se establece la necesidad de que en toda escritura de venta se manifieste si la finca está o no arrendada, y caso de estarla, justificar que han tenido lugar las notificaciones expresadas. En otro caso, la escritura no puede tener acceso al Registro de la Propiedad.

Pues bien, esto es la regulación legal general del derecho de retracto arrendaticio y, a continuación, la ley establece las excepciones al mismo, y la forma en que debe ejercitarse dicho retracto. Todo ello, junto con el propio ejercicio del derecho, la colisión con otros derechos de retracto, la eficacia *erga omnes* del mismo, son problemas que estos derechos han suscitado, y que la jurisprudencia ha ido resolviendo en el caso concreto, que vamos a analizar a continuación.

III. PROBLEMÁTICAS EN TORNO AL DERECHO DE RETRACTO ARRENDATICIO Y SU EJERCICIO

III.1. CONDICIONES DE EJERCICIO

Vamos a analizar, a continuación, alguno de los supuestos o requisitos del ejercicio del derecho de retracto por el arrendatario que han generado algún tipo de discusión doctrinal y /o jurisprudencial.

1. Acto o negocio desencadenante del retracto

En primer lugar nos referiremos al acto o negocio que lleva a cabo el arrendador o propietario, que es el que transmite la propiedad a otro (retraído), y que da pie e inicia la posibilidad del ejercicio del retracto (causa desencadenante del mismo) por parte del arrendatario retrayente, para readquirir dicha propiedad. ¿Ante qué negocio realizado puede ejercitar el derecho de retracto el arrendatario?

El artículo 25 LAU habla solo de la «venta» del inmueble, por lo tanto, si se realiza una compraventa por parte del propietario, no hay duda de que hay derecho de retracto por parte del arrendatario. ¿Puede ejercitarse el derecho de retracto en más supuestos?

La jurisprudencia ha mantenido de forma constante la interpretación restrictiva que debe hacerse de este derecho de retracto, porque supone una limitación dominical, una limitación de la libertad del propietario en su facultad de enajenación, pues le restringe la posibilidad de enajenar a quién él quiera. Por eso, considera que, en principio, solo cabe el retracto donde así lo dice la Ley, y no debe interpretarse de forma amplia para que quepan otros supuestos⁶.

De este modo, no hay duda de que no cabe el retracto en supuestos como la permuta, todos los negocios a título gratuito de transmisión de la propiedad (donación, herencia, legado), supuestos de aportación a sociedad, división horizontal, división de condominio, todos estos por no ser realmente operaciones transmisivas de dominio, sino solo operaciones modificativas (STS de 14 de noviembre de 2016⁷). Tampoco cabe en la cesión de bienes, pues no tiene carácter transmisor ni solutorio, y por ende es imposible en todos ellos que se lleve a cabo la subrogación necesaria propia del retracto (STS de 30 de junio de 1994).

Un asunto dudoso, y sobre el que se ha discutido, es sobre si cabe el retracto arrendaticio cuando el adquirente ha adquirido la finca en virtud de una dación en pago. En este caso, sí se transmite la propiedad del bien dado, y tiene carácter solutorio extinguiendo la deuda que salda, y sería posible una subrogación del

arrendatario en su lugar, por lo que podría pensarse que sí cabría el retracto. Además el artículo 1521 del Código civil que regula los retractos legales, lo menciona expresamente como alternativa a la venta.

Sin embargo, la redacción del artículo 25 LAU lo excluye. Y subrayamos esta idea porque en la LAU 1964, en sus artículos 47 y 48 donde se regulaba el tanteo y retracto, se decía expresamente que el retracto procedía ante la venta o dación en pago de la finca arrendada («ceder solutoriamente la vivienda»), y en la redacción de hoy, se suprimió ese inciso y esa posibilidad, lo que lleva a pensar que el legislador quiso voluntariamente suprimirla. Esto unido a la interpretación restrictiva que hay que hacer del retracto, nos lleva a la conclusión de que hoy en día no cabe el retracto cuando la finca arrendada cambie de titular como consecuencia de una dación en pago.

La RDGRN de 10 de diciembre de 2007 lo resume perfectamente, basando su negativa en tres claros criterios: 1. El legislador lo excluyó de forma voluntaria, y fue consecuencia dicha exclusión de un arduo debate parlamentario. 2. Hay que interpretar restrictivamente el derecho de retracto porque es una limitación dominical. 3. La dación en pago hoy en día es un negocio jurídico atípico, solutorio, que se diferencia netamente de la compraventa, luego no puede equipararse a esta; y en definitiva no cabe el retracto arrendaticio ante una dación en pago⁸.

Cuestión distinta es, si cabe el retracto del arrendatario ante la venta judicial, consecuencia de una ejecución forzosa, contra el propietario, de la finca arrendada. En estos casos un tercero, adjudicatario, adquiere tras la subasta la propiedad de la finca, ¿puede el arrendatario ejercitar su derecho de retracto?

En principio, la jurisprudencia ha afirmado con carácter general que sí cabe el retracto en estos supuestos puesto que la adjudicación consecuencia de un procedimiento de ejecución forzosa es una venta, judicial, pero venta, y por lo tanto entra dentro de la literalidad del artículo 25 LAU, y la palabra venta incluye dicho concepto⁹. Los argumentos para defender esto son los siguientes, tal y como recoge la RDGRN de 24 de marzo de 2017:

1. El Código civil equipara la adjudicación a una venta judicial o forzosa, y así mismo la denomina, como venta pública en su articulado (art. 464 CC), venta en subasta pública o judicial (cfr. entre otros los arts. 1459, 1489 y 1493 CC y, 1514 y sigs. y, 1533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y por lo tanto se entiende que dentro del concepto amplio de la palabra «venta» se incluye la ejecución forzosa.

2. Por ello se comprende que el derecho de tanteo o retracto establecido para el supuesto de compraventa voluntaria, se reconozca también en los supuestos de ventas judiciales (cfr. arts. 1636 y 1640 CC). De ahí que sea necesario para la inscripción del decreto de adjudicación en una ejecución forzosa, también como tesis de principio, que se justifique haberse hecho las notificaciones oportunas para su ejercicio o, en otro caso, la manifestación de inexistencia de arrendamientos sobre la finca adjudicada.

Puede por lo tanto ejercitarse un derecho de retracto ante una ejecución forzosa, pues esta se equipara a la venta. Y esto parece que no tiene duda, sin embargo, la modificación de la LAU por la Ley 4/2013 introdujo en su artículo 13.1¹⁰ la inoponibilidad del derecho de arrendamiento si no está inscrito frente a terceros, lo que combinado con la redacción del artículo 7.2 de la LAU y el 14 de la misma, se deduce que se puede producir la extinción del derecho de arrendamiento tras una ejecución forzosa, y si ese derecho no estaba inscrito, o

lo estaba con posterioridad al derecho, por ejemplo de hipoteca, que dio lugar a la ejecución, al extinguirse el derecho de arrendamiento, se extingue el derecho de retracto del arrendatario y no podría hacerlo valer ante el tercero adjudicatario aunque se tratase de una ejecución forzosa = venta judicial.

Es decir, va a ser determinante, a partir de la Ley 2013, para aquellos arrendamientos suscritos a partir del 1 de junio de 2013, el hecho de que el arrendamiento y el derecho de retracto estén inscritos o no, para que pueda jugar el principio de prioridad, dotándole de oponibilidad, o no, al derecho de retracto, que aunque teóricamente sería factible en una ejecución forzosa, no podrá ser ejercitado por su titular en este caso. Para los arrendamientos anteriores a la Ley 4/2013, como el arrendamiento goza de oponibilidad legal, sí se podrá ejercitar el retracto en todo caso¹¹.

Por lo tanto, y como bien afirma la RDGRN de 24 de marzo de 2017¹²:

- Si el derecho de arrendamiento no está inscrito, y se produce una ejecución forzosa que da lugar a la resolución y extinción del arrendamiento (art. 14), no habrá tampoco en consecuencia derecho de retracto.
- Si el derecho de arrendamiento está inscrito, y con anterioridad al derecho que da lugar a la resolución del arrendamiento (vgr. en ejecución, la hipoteca), en este caso, el adquirente (adjudicatario), no puede ser tercero de buena fe, (tercero hipotecario) al constar el derecho de arrendamiento inscrito, y por lo tanto por el principio de prioridad, le afectará el mismo, y el arrendatario podrá ejercitar válidamente su derecho de retracto pues este prevalece frente al adjudicatario, nuevo adquirente de la propiedad.
- Si el derecho de arrendamiento está inscrito pero con posterioridad al derecho que da lugar a la ejecución forzosa, en este caso y por prioridad registral y purga de cargas posteriores, el arrendamiento se extingue, y no podrá el arrendatario ejercitar su derecho de retracto frente al adjudicatario.

Por lo tanto y como ya afirmó la RDGRN de 11 de enero de 2016 y, a su vez en consonancia con lo dispuesto en el artículo 25.5 LAU que recoge la necesidad de que cuando se venda una finca arrendada se haga constar en el Registro que se ha procedido a notificar la venta al arrendatario, «a la vista de la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, se exige un plus de diligencia en el arrendatario para que su derecho sea oponible frente a tercero inscrito (arts. 7 y 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos); de tal modo que es precisamente en estos supuestos de manifestación inexacta del vendedor-arrendador sobre la situación de estar libre de arrendamientos la vivienda transmitida o la manifestación de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente, donde la inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad adquiere toda su importancia al objeto de que el mismo le sea oponible al tercer adquirente, de tal modo que no puede quien no ha inscrito su derecho hacerlo oponible frente a tercero que inscribe y que adquiere confiado en el contenido del Registro y en la manifestación expresa realizada en documento público de estar la finca libre de arrendamientos o de haberse renunciado por el arrendatario a los derechos de adquisición preferente». Solo el arrendamiento inscrito y con anterioridad al derecho cuya ejecución da lugar a la resolución del arrendamiento, será oponible a terceros, y por tanto, solo entonces permanece el retracto y podrá ejercitarse frente a ese tercero.

Sin embargo, y tras la nueva modificación de la LAU por el reciente Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, los arrendamientos vuelven a gozar de opo-

nibilidad legal por sí mismos, sin necesidad de estar inscritos, luego, volvemos a la situación anterior a la Ley 2013, para los arrendamientos que se concierten con posterioridad a la entrada en vigor de este nuevo Real Decreto-ley de 2019 (6 de marzo de 2019), donde el arrendamiento no inscrito y anterior a la ejecución, no se extinguirá ni, en consecuencia, tampoco el retracto.

2. Sujeto del retracto: Condición de arrendatario de la finca

Otra de las condiciones necesarias para el ejercicio del derecho de retracto, no por obvia menos importante, es que el retracto solo puede ser ejercido por quién en ese momento (cuando se ha vendido la finca arrendada) sea el arrendatario de la finca. Es imprescindible, por tanto, la condición de arrendatario del retrayente.

Esto implica que si el derecho de arrendamiento se resolvió o se extinguió, el arrendatario ya no es tal, y por tanto no podrá en ningún caso ejercitar el retracto (v.gr. el plazo del arrendamiento llegó a su fin, el derecho del arrendador se resuelve por cualquier causa ajena al arrendatario, art. 13 LAU). Si ya no hay derecho de arrendamiento, no hay retracto, pues este trae causa de aquel.

En este mismo sentido, si el arrendatario es el único que puede ejercitar el retracto, ninguna otra persona podrá ejercitarlo, aunque en un futuro fuera a ocupar la posición del arrendatario, subrogándose en la misma, por ejemplo, su cónyuge o pareja de hecho, u otro familiar que conviva con él que pudiera dar lugar a la continuidad del arrendamiento (art. 15 y 16 LAU). El retrayente, en consecuencia, solo es el arrendatario actual y además tiene que poder probar su condición.

Además de arrendatario, se plantea si el retrayente debe ser también poseedor material y efectivo de la finca, es decir, su ocupante; o por el contrario, cabe un derecho de retracto a favor del arrendatario no ocupante, no poseedor de hecho, inmediato, pero sí mediato, por ejemplo porque subarrendó. El artículo 25 LAU no dice anda al respecto, y a diferencia de la legislación anterior de 1964 (art. 47), ya no se exige expresamente que el arrendatario ocupe físicamente la vivienda en ese momento para poder ejercitar el retracto. La jurisprudencia así lo ha entendido y ha establecido la doctrina de que es posible el ejercicio del retracto por el arrendatario no ocupante; no es necesaria la posesión material, física, inmediata del inmueble, bastando la posesión mediata, inmaterial o jurídica, derivada de su título de arrendamiento, que le faculta para ejercitar el derecho de adquisición preferente, con independencia de quién esté dentro de la finca físicamente. Así lo han confirmado las SSTS de 12 de junio de 2002, 13 de junio de 2003, 2 de noviembre de 2006, 18 de marzo de 2010, 25 de febrero de 2011 y 21 de noviembre de 2016 de la que transcribimos su principal fundamento al respecto: «el arrendatario puede ejercer el derecho de retracto previsto en la LAU aun cuando al tiempo de ejercerlo no esté en posesión física o material del inmueble arrendado, bastando con que lo posea de forma mediata o jurídica (como sucede en caso de subarriendo)». Y continúa esta sentencia: «aunque el arrendatario no ocupe físicamente el inmueble arrendado al tiempo de ejercitarse el derecho de retracto arrendaticio, ello no implica la pérdida de la condición de «ocupante» del mismo, pues detenta la posesión mediata y por ello tiene derecho a ejercer tal derecho como cualquier otro arrendatario, máxime cuando el mismo se le reconoce por el arrendador en el contrato de arrendamiento aunque el citado arrendatario no vaya a poseer la cosa arrendada porque la va a subarrendar —con consentimiento del arrendador— en este caso a Mercadona».

Y es que se entiende que el arrendatario es el «ocupante» —aunque la LAU 1994 como hemos dicho ya no exige tal característica— de la finca arrendada aunque sea en virtud de su posesión mediata, pues es posesión suficiente para ser arrendatario, y por tanto, poder ejercitar el retracto, tal y como subraya la STS de 2 de noviembre de 2006: «Es al arrendatario, y no al subarrendatario, a quien se le reconoce el derecho de adquisición preferente, en cuanto conserva la situación posesoria característica del arrendamiento, mediata o inmediata, según los casos, con presencia en dos relaciones distintas y coexistentes con el arrendador y con el subarrendatario, y esta especial relación con la vivienda o local es lo que le permite disfrutar de los derechos y de las obligaciones propias de la Ley, entre otros, el de poder retraer para el supuesto de enajenación de la vivienda o local arrendado durante la vigencia del arrendamiento (...). Es evidente, por tanto, que manteniéndose el derecho de adquisición preferente, en la vieja y nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que no es posible, sin una referencia expresa, es reconocer al arrendatario un derecho —subarriendo— y negarle otro —retracto— cuando lo ejercita y mantiene en legal forma...».

3. Plazo del ejercicio del retracto y notificaciones

El artículo 25 establece un plazo de 30 días desde que el arrendador notifique fehacientemente al arrendatario su intención de vender la finca arrendada, para que este pueda ejercitar en su caso el tanteo. A continuación, y ya para el retracto, este será posible cuando no se hubiera producido la notificación anterior, o cuando se produjera una modificación de las circunstancias de la venta que se notificaron al arrendatario, este tiene un nuevo plazo de treinta días para ejercitar el retracto, desde que el nuevo adquirente le notifica fehacientemente, a su vez, las circunstancias de la nueva venta realizada mediante la entrega de la escritura o documento en que fuera formalizada.

Pues bien, esos plazos de ejercicio que empiezan a contar desde dos notificaciones diferentes: la del arrendador al arrendatario para el tanteo (en la que debe quedar perfecta constancia de las condiciones en que se va a efectuar la venta, vgr. precio, forma de pago, garantías), que caduca a los 180 días, y la segunda notificación, la del adquirente al arrendatario para el retracto. Esta última notificación es requisito esencial para que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de retracto, y da inicio al cómputo del plazo de 30 días para ejercitarlo, que es un plazo de caducidad, transcurrido el cual ya no hay derecho de retracto.

La notificación fehaciente del adquirente se convierte en un elemento clave del retracto, pues da lugar al inicio del cómputo del plazo; es exigido, si se quiere inscribir una finca arrendada, que conste en el Registro que se han practicado dichas notificaciones, y si no constan, no se inscribirá la nueva compraventa; luego es mucho más que una simple notificación, pues puede impedir la inscripción del adquirente y, en consecuencia por efectos del principio de inoponibilidad, llegar a hacerle perder su derecho. No puede olvidarse que para el caso de venta de una finca destinada a vivienda existe, o bien la obligación de declarar bajo pena de falsedad documental que la finca no está arrendada, o bien, si los estuviera, hacer constar que se han practicado estas notificaciones al arrendatario. Entendemos que, si se hubiera pactado la renuncia al retracto y así se pudiera acreditar, no será necesario hacer constar dicha notificación, pues si el derecho

de retracto ya no existe, inútil será que se practique dicha notificación. En igual sentido, si se trata de un arrendamiento de uso distinto de vivienda, aunque el artículo 31 LAU nos remite al 25 en el caso de existir retracto, como este es voluntario, y el artículo 31 tiene carácter de norma dispositiva, si se excluyó el derecho de retracto en dicho arrendamiento, tampoco será necesario acreditar ante el Registro la notificación requerida, puesto que bastará con la declaración de que se excluyó el derecho de retracto en ese arrendamiento para uso distinto de vivienda.

Pero, si se trata de la venta de una finca arrendada destinada a vivienda, sin renuncia al derecho de retracto, la notificación de la venta se convierte en una verdadera obligación legal para el adquirente, que debe cumplir en todo caso, salvo que conste acreditado que el arrendatario conoció la venta y las condiciones de la misma de forma exacta y plena. En este sentido se manifiesta la STS de 21 de noviembre de 2016 que recoge, a su vez, la doctrina de la STS de 17 de diciembre de 2011, según la cual «debe modularse el rigor del mandato contenido el artículo 25.3 LAU, en el sentido de que pese a que el precepto establece que el derecho de retracto caduca a los treinta días naturales, contados desde el siguiente a la notificación que en forma fehaciente debe hacer el adquirente al arrendatario de las condiciones esenciales en que se efectuó la compraventa, tal notificación no resulta necesaria cuando aparezca probado que el arrendatario ha tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones. Este será el momento de inicio del cómputo del plazo de caducidad que establece el artículo 25.3 LAU (STS de 24 de abril de 2007 [RJ 2007, 2419] [RC 2000, 2440] entre otras)».

Sin embargo, no puede entenderse como hecha la notificación, o como prueba plena y exacta del conocimiento de la venta y sus condiciones por el arrendatario, el hecho de que la venta conste inscrita en el Registro. Pues la publicidad registral no sirve como notificación, ya que de la misma no puede deducirse las condiciones exactas de la venta. STS de 24 de abril de 2007, y la STS de 14 de diciembre de 2006: «la publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminando la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (sentencia de 14 de diciembre de 2006 [RJ 2006, 8232], que cita las de 22 de junio de 1962, 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968)».

Es decir, las notificaciones al arrendatario adquieren una dimensión muy importante porque son realmente medidas de protección del mismo, pues de otra forma se colocaría en una situación muy difícil, sin vivienda. De ahí que, su incumplimiento, desde luego genere la posibilidad del retracto (en caso de notificación del tanteo), o una nueva oportunidad para el arrendatario, y también como dice la resolución citada, un supuesto de incumplimiento legal que podría incluso dar lugar a solicitar la nulidad de la venta ya que se incumplió una norma imperativa.

Practicadas las correspondientes notificaciones, el arrendatario podrá ejercitar el derecho de tanteo y el de retracto según lo establecido para este en el artículo 1518 del Código civil, es decir, reembolsando al comprador, el precio de venta y además los gastos del contrato y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida, subrogándose en la posición del mismo en las mismas condiciones estipuladas en el contrato (1521 CC)¹³.

III.2. OBJETO DEL RETRACTO

Si hablamos del objeto del retracto, no cabe duda de que será la finca retraída, es decir, en el caso que analizamos la finca arrendada que ha sido transmitida a un tercero en virtud de venta.

La finca retraída tiene que ser una finca urbana, pues el retracto que estamos examinando es el contemplado en la LAU (Ley de arrendamientos urbanos), y esta finca puede ser destinada a vivienda (art. 25 LAU), o a otro uso distinto de la vivienda, pues esta ley también se refiere a los arrendamientos para uso distinto de vivienda, como puede ser para uso profesional, comercial, industrial, o de temporada (art. 3 LAU). En estos casos se les aplica lo dispuesto para el retracto de vivienda del artículo 25 LAU, tal y como dispone el 31 LAU.

Por lo tanto, todas las fincas susceptibles de arrendamiento urbano lo son, a su vez, de retracto, en las condiciones ya explicadas, y recogidas en el artículo 25 LAU.

Sin embargo, la propia ley establece una serie de excepciones o limitaciones al retracto en razón de la finca objeto del mismo. De este modo, y como afirma el propio artículo 25, hay unas restricciones objetivas del derecho de retracto cuando se trate de:

- a) Cuando se venda la vivienda arrendada junto con objetos alquilados como accesorios a la misma (trasteros, plazas de garaje, buhardillas), el retracto deberá ejercitarse sobre todos ellos, sin que pueda limitarse a retraer la vivienda arrendada propiamente dicha. (art. 25.6 LAU).
- b) Se excluye o exceptúa el derecho de retracto, sin que pueda ejercitarse, cuando se produzca la venta de la finca arrendada junto con las restantes viviendas o locales propiedad del arrendador que formen un mismo inmueble (art. 25.7 LAU). En este sentido se manifiesta la STS de 15 de marzo de 2010.
- c) Y la segunda exclusión del retracto se produce cuando se venda de forma conjunta por distintos propietarios a un mismo comprador la totalidad de los pisos y locales del inmueble (25.7 LAU), como afirma la SAP Cádiz de 25 de enero de 2008.

En estos casos, la imposibilidad de ejercitar el derecho de retracto del inquilino, que vive y posee solo la finca destinada a vivienda o a un uso distinto de vivienda, se basa o justifica en que el negocio transmisivo (venta) se realiza sobre un objeto distinto, una unidad mayor que aquel sobre el que recae el arrendamiento, sea vivienda+accesorios, sea la totalidad del inmueble. Si no coinciden ambos objetos, el de la venta y el del arrendamiento, no procede este último, puesto que solo permite readquirir al retrayente el objeto propio del arrendamiento vendido, que sea una unidad independiente. Como afirma COSTAS DE VICENTE¹⁴, en definitiva, procederá el retracto cuando la finca alquilada y vendida sea una sola unidad registral, independiente del resto del inmueble.

La unidad e independencia de la finca retraída debe ser clara. En este sentido, el TS, en sentencia de 26 de mayo de 1988, afirmaba que «la individualidad e independencia de la cosa arrendada, hay que deducirle de sus condiciones físicas, de su naturaleza, límites y destino y del contrato de arrendamiento, no obstante la unidad registral de la finca», doctrina repetida por las sentencias de 26 de marzo de 1960; 6 de marzo de 1965; 18 de diciembre de 1954; 17 de junio de 1958); 17 de mayo de 1962 y 31 de marzo de 1967. Sin que pueda rechazarse

el retracto porque la finca esté integrada por diversas edificaciones con usos distintos, o con numeración diferente, si todas ellas conforman una unidad.

La LAU 1964, sin embargo, restringía estas limitaciones y permitía el ejercicio del retracto sobre una única vivienda arrendada, aunque se vendiera agrupada por plantas o a otros pisos (art. 47 LAU)

La reforma de este artículo 25 de la LAU en virtud del Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, modifica el apartado 7 del artículo 25, añadiendo lo siguiente: «En tales casos (cuando se venda la totalidad del inmueble por el propietario único o todos los propietarios), la legislación sobre vivienda podrá establecer el derecho de tanteo y retracto, respecto a la totalidad del inmueble, en favor del órgano que designe la Administración competente en materia de vivienda, resultando de aplicación lo dispuesto en los apartados anteriores a los efectos de la notificación y del ejercicio de tales derechos».

Surge, por tanto, un nuevo derecho de retracto legal a favor del órgano de la Administración competente en materia de vivienda. Se sigue excluyendo la posibilidad del retracto personal del arrendatario, por alcanzar la venta a una unidad distinta de la del arrendamiento, sin embargo, se genera un nuevo retracto legal a favor de la administración, para que pueda retraer el inmueble vendido. Probablemente la razón de este nuevo retracto legal estriba en la necesidad de nuevas viviendas de alquiler social que pone de manifiesto la Exposición de Motivos de este RD, pues si la administración puede retraer el inmueble entero, es más fácil que pueda destinarlo alquileres protegidos o sociales, o algún otro uso o servicio público¹⁵.

Parece que este nuevo derecho de retracto legal, ahora sí, va a permanecer —hasta nueva modificación—, confirmando, de este modo, lo que de forma efímera ya introdujo el Real Decreto-ley 21/2018 de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, derogado al mes de su publicación, por resolución de 22 de enero de 2019, del Congreso de los Diputados.

III.3. RENUNCIA AL RETRACTO

El derecho de retracto arrendaticio ha sido una medida más de protección del arrendatario, desde la primera Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, como ya hemos mencionado antes y ha puesto de relieve la jurisprudencia, pues puede facilitar el derecho a la vivienda del mismo, al limitar o impedir que, en algunos casos, pueda quedarse sin lugar donde residir ante el cambio de propietario, anulando la vieja regla romana reunida en el aforismo «venta quita renta», que aboga por la desaparición del arrendamiento en caso de venta de la finca arrendada, tal y como recoge nuestra tradición en el Código civil.

Por eso, y hasta la reforma de la LAU por la Ley 4/2013, el derecho de retracto, como garantía del arrendatario ha estado presente en las sucesivas leyes y reformas, y no cabía su renuncia, salvo en los arrendamientos con duración superior a 5 años. Sin embargo, la reforma operada por la ley citada introdujo para todos los contratos firmados a partir de 6 de junio de 2013, un nuevo párrafo 8º en el artículo 25 LAU en virtud del cual el arrendatario puede renunciar a su derecho de retracto y así pactarlo y hacerlo constar en el propio contrato¹⁶ (no cabe como es lógico entender una renuncia tácita de derechos [STS de 21 de noviembre de 2016]), añadiéndose, no obstante, la prevención de que el arrendador comunique al arrendatario su intención de vender la vivienda con una

antelación mínima de treinta días a la fecha de formalización del contrato de compraventa. Plazo, obviamente, pensado para que el arrendatario tenga tiempo de buscar otra vivienda, aunque no pueda retraer la vivienda vendida. En este sentido se ha manifestado la jurisprudencia, por ejemplo, en la RDGRN de 11 de enero de 2016 afirmando que «la comunicación no tiene por objeto servir como «dies a quo» para el inicio del cómputo del plazo en que el arrendatario pueda ejercitar su derecho de tanteo o en su caso de retracto, del que contractualmente carece, sino como una obligación impuesta por la ley al arrendador-vendedor que, en su caso, podría determinar alguna responsabilidad por falta de cumplimiento o de protección al arrendatario por el pago de buena fe de la renta arrendaticia a quien no fuera ya arrendador. No de otra forma cabe interpretar dicha obligación del arrendador, como se desprende de la justificación de su inclusión por enmienda en el Congreso de los Diputados alegando los inconvenientes derivados de una «situación de que el arrendatario se enterase de la venta del inmueble cuando esta ya se hubiese producido, sin tener un plazo mínimo para buscar una nueva vivienda o realizar las gestiones que estime oportunas. Esta situación sería especialmente grave para el inquilino si el contrato de arrendamiento no está inscrito en el Registro y, por tanto, el comprador de la vivienda decide no respetarlo».

Por último la STS de 4 de marzo de 2015 afirma que la renuncia al retracto, desde el inicio del contrato de arrendamiento, que es cuando tiene que constar tal y como dice la ley, es decir antes de que haya nacido el propio derecho de retracto —pues obviamente no se ha producido en ese momento la causa desencadenante del mismo— no es si no «un supuesto de exclusión de la ley aplicable que, en el ámbito contractual, resulta posible (art. 1255 CC) salvo que la ley establezca lo contrario para proteger la posición de alguno de los contratantes, como sucede en el presente caso con el derecho de prórroga forzosa y no con el de retracto que resultó válidamente renunciado».

III.4. PREFERENCIAS

Por último, hay que hacer mención al supuesto de colisión de varios derechos de adquisición preferente sobre la misma finca. Si esto ocurre, ¿cuál prevalece y tiene preferencia sobre el resto?

La LAU afirma en su artículo 25.4 que, en caso de colisión, prevalecerá el derecho de retracto del arrendatario frente a otro. De nuevo, una medida de protección del mismo, se protege a la parte más débil, dando preferencia a su derecho de adquisición preferente, de nuevo con la intención de proporcionarle vivienda estable.

Sin embargo, esta preferencia no es absoluta y tiene sus limitaciones, precisamente, tiene su excepción frente al derecho de retracto de un copropietario, o frente al retracto convencional pactado sobre la misma finca, siempre que estuviera inscrito en el Registro de la propiedad al tiempo de concertarse el arrendamiento.

En este sentido la SAP Ávila de 27 de junio de 2007 entiende que se excluye el retracto del arrendatario frente al derecho de propiedad del copropietario, o la STS de 14 de noviembre de 2016 que confirma la preferencia del retracto de comuneros al arrendaticio en arrendamientos urbanos LAU 1964. Se trata en estos casos de la colisión de dos derechos de adquisición preferente legales, que resuelve la propia ley al otorgar preferencia a los comuneros.

Y con respecto al derecho de retracto convencional, si está inscrito en el Registro, y entendemos que es anterior al derecho de arrendamiento, es lógico, por principio de prioridad registral que aquel sea oponible y preferente a los posteriores, y por tanto también al retracto del arrendatario posterior. Es una excepción lógica y coherente con todo el sistema de prioridad registral y de los derechos reales, que por su inherencia y exclusividad hay que ordenar cuando recaen sobre el mismo objeto. Dar preferencia absoluta al arrendatario aun constando inscritos esos derechos anteriores, sería una medida de super protección del mismo, contraria, a mi parecer, al resto de nuestro ordenamiento jurídico, donde no podemos olvidar la prioridad registral.

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de retracto del arrendatario de finca urbana es un derecho de adquisición preferente de carácter legal con unos especiales requisitos de ejercicio, cuya finalidad última es la protección del arrendatario frente a una venta de la casa arrendada.

II. Las condiciones de ejercicio de este derecho de retracto, establecidas en la ley, han sido interpretadas y matizadas por la jurisprudencia, de este modo:

III. Es comúnmente aceptado que este derecho de retracto solo tiene como negocio desencadenante del mismo la venta de la finca arrendada, incluyendo en ese concepto también la venta judicial o forzosa como consecuencia de un procedimiento de ejecución. Sin embargo, no cabe el retracto en otros supuestos de enajenación de la finca, como puede ser la dación en pago, o negocios traslativos a título gratuito.

IV. Otra de las condiciones necesarias para el ejercicio del retracto es que sea ejercitado únicamente por quién tiene la consideración de arrendatario en el momento de la venta de la finca. Si ya no se es arrendatario porque el arrendamiento se extinguió, no procede el retracto. De igual forma, la condición de arrendatario no implica o exige la de ser ocupante o poseedor material e inmediato de la finca; basta ser arrendatario con una posesión jurídica o mediata.

V. Los plazos establecidos para el ejercicio del retracto lo son de caducidad, y empiezan a contarse desde la notificación fehaciente del nuevo adquirente al arrendatario, siendo esta notificación más que el *dies a quo*, implicando un requisito de inscripción de la venta de la finca arrendada a favor del comprador. Solo cabe eximir de la notificación en aquellos casos en que resulte acreditado de forma plena y clara que el arrendatario conoció la venta; no siendo suficiente para ello la inscripción de la misma en el Registro.

VI. El objeto del retracto es la finca arrendada considerada como una unidad independiente y completa, y debe coincidir el objeto del arrendamiento (y en consecuencia del retracto) con el de la venta, no procediendo el retracto cuando lo vendido sea una unidad mayor o diferente de lo arrendado.

VII. Cabe la renuncia al derecho de retracto en los arrendamientos concertados tras la entrada en vigor de la Ley 4 /2013, siempre que sea expresa. Esa renuncia no excluye la necesidad de que el arrendador comunique al arrendatario la venta de la finca que tiene arrendada con la finalidad de protección del arrendatario para que pueda buscar otra vivienda.

VIII. El derecho de retracto arrendaticio tiene preferencia sobre cualquier otro derecho de adquisición preferente, salvo el de los condueños de la finca arrendada, o el retracto convencional inscrito con anterioridad al contrato de arrendamiento.

IX. Todos estos requisitos y condiciones hacen que el derecho de retracto del arrendatario de finca urbana se consolide como un derecho con caracteres especiales que hay que conocer.

V. RESOLUCIONES CITADAS

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y EL NOTARIADO (RRDGRN)

- 20 de noviembre de 1987
- 10 de diciembre de 2007
- 3 de julio de 2013
- 10 de abril de 2014
- 11 de enero de 2016
- 24 de marzo de 2017
- 14 de septiembre de 2018
- 11 y 20 de octubre de 2018

AUDIENCIAS PROVINCIALES (SSAP)

- SAP Ávila 27 de junio de 2007
- SAP Cádiz 25 de enero de 2008
- SAP Barcelona 24 de abril de 2012

TRIBUNAL SUPREMO (SSTS)

- 12 de junio de 1924
- 14 de noviembre de 1924
- 18 de diciembre de 1954
- 17 de junio de 1958
- 12 de febrero de 1959
- 26 de marzo de 1960
- 17 de mayo de 1962
- 22 de junio de 1962
- 6 de febrero de 1965
- 6 de marzo de 1965
- 31 de marzo de 1967
- 19 de diciembre de 1968
- 2 de abril de 1985
- 26 de mayo de 1988
- 12 de abril de 1989
- 6 de octubre de 1989
- 6 de febrero de 1991
- 20 de mayo de 1991
- 7 de marzo de 1993
- 30 de junio de 1994
- 8 de octubre de 1998
- 12 de junio de 2002
- 13 de junio de 2003

- 20 de octubre de 2005
- 18 de mayo de 2006
- 2 de noviembre de 2006
- 14 de diciembre de 2006
- 24 de abril de 2007
- 22 de abril de 2008
- 2 de mayo de 2008
- 15 de marzo de 2010
- 18 de marzo de 2010
- 25 de febrero de 2011
- 17 de diciembre de 2011
- 4 de marzo de 2015
- 14 de noviembre de 2016
- 21 de noviembre de 2016
- 3 de diciembre de 2018

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2015). El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto a terceros a partir de la ley 4/2013, de 4 de junio, de «medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas». *RCDI*, núm. 752, 3319 a 3350.
- COSTAS DE VICENTE, B. (2016). Venta del piso o local arrendado: derecho de adquisición preferente del arrendatario, *Blog- SEPIN*, disponible en <https://blog.sepin.es/2016/01/derecho-adquisicion-preferente-del-arrendatario/>
- FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común. *RCDI*, núm. 745, 2117 a 2189.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 749, 1643 a 1664.
- MAS BADÍA, M.D. (2014). Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 746, 3049-3107.

NOTAS

¹ Sobre los derechos de tanteo y retracto en nuestro ordenamiento común, véase el artículo: FLORES GONZÁLEZ, B. (2014). Concepto de tanteo y retracto en el Derecho Civil común. *RCDI*, núm. 745, 2117 a 2189.

² Pero no la única, ya que puede ejercitarse el retracto como consecuencia de una dación en pago, adjudicación en pago de deudas...

³ El retracto voluntario, así definido, ha sido aceptado por la jurisprudencia, e incluso tras un época de vacilaciones, se permite su inscripción en el Registro de la Propiedad con carácter real, siempre que así conste, y se cumplan los requisitos necesarios para su perfecta determinación registral. Véase, en este sentido la RDGRN de 10 de abril de 2014 y la STS de 22 de abril de 2008.

⁴ «El derecho de retracto supone y se deriva del derecho de tanteo, que no pudo ejercitarse en su momento y requiere que “ya ha tenido lugar la transmisión”. (art. 19.b. L. 22/01)... El ejercicio del derecho de retracto implica que la transmisión del derecho de propiedad se ha consumado» (SAP Barcelona de 24 de abril de 2012). Y continua la misma sentencia

«Por lo que en el presente caso no procedía el ejercicio del derecho de retracto, pues la transmisión no está consumada, pues a tenor del artículo 1461 en relación con los artículos 1462; 609 del Código civil “la propiedad se transmite por los contratos —título— y la tradición —escritura pública—. El derecho de retracto procede frente a la transmisión consumada, no a la mera perfección del contrato (art. 1450 CC)”»

Asimismo, la jurisprudencia en SSTs de 7 de marzo de 1993; 20 de mayo de 1991; 20 de octubre de 2005, establecen que el derecho de retracto requiere que el retrayente conozca la existencia de la compraventa, sin que basten las referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la venta (STS de 20 de mayo de 1991).

⁵ Las RDGRN de 3 de julio de 2013, 24 de marzo de 2017 (la más importante), 14 de septiembre de 2018 y, 11 y 20 de octubre de 2018 equiparan la venta forzosa o judicial con la compraventa normal, estando incluida aquella en un concepto amplio de esta. De hecho, el del Código civil las denomina venta pública o venta en subasta pública o judicial, y por eso es aplicable a las mismas el retracto.

Donde no cabe es fuera de estos supuestos de venta o dación en pago, excluyéndose desde luego la cesión de bienes, por no transmitir la propiedad al adquirente y no extinguir la deuda como la dación en pago, ni la aportación de bienes a una sociedad (como cesión en pago), pues no es posible en ellas que se produzca la subrogación necesaria consecuencia del retracto. En este sentido, la STS de 30 de junio de 1994, afirma que «no comparte, en cuanto que en modo alguno puede equipararse una cesión de bienes, referida en el artículo 1175 como forma de extinguir la obligación por pago únicamente hasta donde alcance el valor de los bienes cedidos, con la dación en pago para liquidar también una deuda, a lo que habría de asimilarse la relación jurídica de aportar inmuebles a una sociedad recibiendo como contraprestación unas acciones de la misma sociedad. c) Este supuesto de hecho no es accesible al artículo 1521 del Código civil para basar en él una acción de retracto legal de comuneros, en cuanto que como declara la jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 14 de noviembre de 1924, 12 de febrero de 1959 y 12 de abril de 1989) el retracto legal ha de interpretarse con carácter restrictivo, y además en esta institución es fundamental la idea de subrogación, de modo que el retracto se hace imposible cuando el que reúne los requisitos legales para retraer una cosa vendida no puede ponerse en lugar del que la adquirió al no poder cumplir las condiciones lícitas del contrato (en este caso entregar un número de acciones igual al recibido por la persona que aportó un inmueble a la sociedad demandada, como igualmente es un caso de imposibilidad el supuesto de permuta de cosas específicas). Aparte de ello, dada la restricción dominical que el retracto implica, hay que entender que si la ley habla solamente de la compra y la dación en pago, no quiso incluir ningún otro supuesto. d) Por ello hay que entender que procederá el retracto legal siempre que se trate de una transmisión de dominio cuya especial naturaleza no impida la subrogación, como la impide el caso discutido de entrega de acciones que no gozan del carácter de cosas genéricas o fungibles que libremente pueda adquirir el retrayente; por ello, esta Sala en sentencia de 12 de junio de 1924 negó el retracto en la hipótesis de aportación de un bien inmueble a una sociedad, «por ser una enajenación que por su naturaleza no permite la subrogación».

No obstante también se ha cuestionado a veces que pueda ejercitarse el derecho de retracto tras una dación en pago para un arrendamiento urbano, tras la aprobación de la LAU 1994 que expresamente excluye tal supuesto de su articulado; por ejemplo, la RDGRN de 10 de diciembre de 2007, excluye la posibilidad de retracto en el supuesto de dación en pago, pues la ley solo habla de compraventa, y al suponer el derecho de retracto una limitación dominical, debe siempre interpretarse restrictivamente, y por tanto, aplicarse solo en los supuestos que la ley recoge. Luego ampliaremos este supuesto referido exclusivamente al arrendamiento urbano 1994.

⁶ Véase por todas SSTs de 14 de noviembre de 1924, 12 de febrero de 1959; 12 de abril de 1989; 2 de abril de 1985 y 6 de febrero de 1991.

⁷ Véase la STS de 14 de noviembre de 2016, que recoge y reitera los pronunciamientos de las SSTs de 18 de mayo de 2006 y 2 de mayo de 2008, en este sentido, negando la procedencia del retracto en caso de esos actos o negocios no transmisivos: sentencia de 18 de mayo de 2006. «La excepción a la procedencia del derecho de retracto reconocido por

la Ley especial arrendaticia al arrendatario, no puede ser extendida por vía de analogía, a otros supuestos que contribuirían a reducir el ámbito de ese derecho. Tampoco se da esa razón de analogía que se pretende en el motivo; la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del retracto que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago; en la adjudicación a los cónyuges de bienes en pago de su mitad en la sociedad de gananciales por disolución de esta, no supone transmisión alguna del dominio, ya que los bienes adjudicados eran ya propiedad del cónyuge adjudicatario, si bien bajo el sistema de comunidad propio de la sociedad de gananciales».

Sentencia núm. 316/2008 de 2 de mayo de 2008 (RJ 2008, 2823), recurso núm. 1913/2001.

«(...) de igual facultad gozará el inquilino en caso de adjudicación de vivienda por consecuencia de división de cosa común, exceptuados los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, y de adquisiciones realizadas antes de 1 de enero de 1947. Pues bien, según reiterada jurisprudencia de esta Sala la exclusión del derecho de retracto de los supuestos de división y adjudicación de cosa común adquirida por herencia o legado, radica en que tal adquisición lo es a título gratuito, no oneroso, y, por tanto, excluido del mismo que exige, inexcusablemente, una transmisión onerosa, compraventa o dación en pago (SSTS de 6 de octubre de 1989; 8 de octubre de 1998; 18 de mayo de 2006)».

⁸ RDGRN de 10 de diciembre de 2007:

«Tercero.- En base a todo lo anteriormente expuesto, se formulan las siguientes conclusiones: 1ª El artículo 25.1 de la LAU habla solamente de compraventa y hay que entenderlo limitado a ese solo supuesto, en base a los precedentes legislativos y a la propia tramitación parlamentaria del precepto citado. Dada la polémica generada sobre su contenido y el elevado número de enmiendas de que fue objeto y tras un amplio debate, el legislador contempló solamente la compraventa, lo que debe llevar a la conclusión que tuvo en cuenta solamente ese supuesto como desencadenante del derecho de adquisición preferente y que, como consecuencia de ello, quedaban excluidos todos los demás previstos en la legislación precedente. 2ª El artículo 25.1 de la LAU debe ser interpretado en sus propios términos, evitando tanto una interpretación restrictiva como extensiva, ampliándolo en este caso a supuestos que el legislador no quiso regular, pudiendo hacerlo. Apoyan esta afirmación dos principios: en primer lugar, que el dominio se presume siempre libre y cualquier limitación o restricción del mismo debe tener su fundamento en una disposición normativa, en la voluntad de los particulares o en una decisión de la autoridad judicial. En segundo lugar, "el retracto arrendaticio cae bajo la infamia de la regla 'odiosa sunt restringenda' como limitativa del dominio y de la libre contratación" (SSTS de 2 de abril de 1985 y 6 de febrero de 1991). 3ª. La tesis clásica que equiparaba la dación en pago a la compraventa esta hoy totalmente superada tanto en la doctrina como en la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ya citada. Por ello es necesario concluir que, dada las notables diferencias entre ambas figuras jurídicas, la dación en pago, además de no estar recogida expresamente en la LAU vigente, a diferencia de la anterior, no es causa o supuesto de derecho de adquisición preferente».

⁹ Véase en este sentido a favor de que la ejecución forzosa se incluya dentro del concepto de compraventa, las siguientes resoluciones: RDGRN de 20 de noviembre de 1987; 3 de julio de 2013; 24 de marzo de 2017; 14 de septiembre de 2018; 11 y 20 de octubre de 2018.

¹⁰ Artículo 13 LAU (2013) Resolución del derecho del arrendador:

1. Si durante la duración del contrato el derecho del arrendador quedara resuelto por el ejercicio de un retracto convencional, la apertura de una sustitución fideicomisaria, la enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial o el ejercicio de un derecho de opción de compra, quedará extinguido el arrendamiento.

Conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 7 y en el artículo 14, se exceptúan los supuestos en los que el contrato de arrendamiento hubiera accedido al Registro de la Propiedad con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendado. En este caso continuará el arrendamiento por la duración pactada.

Cuando se trate de un arrendamiento sobre finca no inscrita se estará a la duración establecida en el apartado 4 del artículo 9.

Artículo 7.2 LAU (2013) Condición y efectos frente a terceros de la finca arrendada:

2. En todo caso, para que los arrendamientos concertados sobre fincas urbanas, surtan efecto frente a terceros que hayan inscrito su derecho, dichos arrendamientos deberán inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Artículo 14 LAU (2013) Enajenación de la vivienda arrendada:

1. El adquirente de una finca inscrita en el Registro de la Propiedad, arrendada como vivienda en todo o en parte, que reúna los requisitos exigidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, solo quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador si el arrendamiento se hallase inscrito, conforme a lo dispuesto por los artículos 7 y 10 de la presente ley, con anterioridad a la transmisión de la finca.

2. Si la finca no se hallase inscrita en el Registro de la Propiedad, se aplicará lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1571 del Código civil. Si el adquirente usare del derecho reconocido por el artículo citado, el arrendatario podrá exigir que se le deje continuar durante tres meses, desde que el adquirente le notifique fehacientemente su propósito, durante los cuales deberá satisfacer la renta y demás cantidades que se devenguen al adquirente. Podrá exigir, además, al vendedor, que le indemnice los daños y perjuicios que se le causen.

¹¹ Sobre la oponibilidad del arrendamiento tras la Ley 4/2013, véase MAS BADÍA, M.D. (2014). Arrendamiento de vivienda, tutela del inquilino y seguridad del tráfico: en especial, la inoponibilidad del arrendamiento no inscrito tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 746, 3049-3107; JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2015). Ejecución hipotecaria y arrendamiento, tras la Ley 4/2013, de 4 de junio. *RCDI*, núm. 749, 1643 a 1664; BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, E. (2015). El arrendamiento urbano de vivienda y sus efectos respecto a terceros a partir de la ley 4/2013, de 4 de junio, de «medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas». *RCDI*, núm. 752, 3319 a 3350.

¹² Afirma la RDGRN de 24 de marzo de 2017:

«Consecuentemente con lo anterior y en cuanto al ejercicio de retracto, habrá que distinguir si el contrato de arrendamiento tuvo o no acceso al Registro de la Propiedad y si lo hizo «con anterioridad a los derechos determinantes de la resolución del derecho del arrendador». Esto es, con anterioridad a la hipoteca que se ejecuta.

En este último caso la persistencia del arrendamiento tras la adjudicación de la vivienda, provocará que el arrendatario pueda, en su caso, ejercitar su derecho de retracto contra el adjudicatario en los términos previstos en el artículo 25.

En el caso de que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro de la Propiedad con posterioridad a la hipoteca, puesto que el contrato de arrendamiento se extinguirá «ipso iure» conforme a lo dispuesto en el artículo 13.1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos antes transcrito, no habrá lugar a retracto, sin perjuicio de que si la inscripción se produjo con anterioridad a la expedición de la preceptiva certificación de cargas el arrendatario haya debido ser convenientemente notificado.

Si el arrendamiento de vivienda no ha accedido al Registro de la Propiedad, lógicamente no habrá lugar a derecho alguno».

¹³ El retracto legal produce una verdadera subrogación del retrayente (en este caso arrendatario) en el lugar del adquirente de la cosa retraída (comprado o adjudicatario dación en pago), ocupando su lugar en las mismas condiciones, y con los mismos derechos y obligaciones que no puede confundirse con una cesión de contrato. La STS de 3 de diciembre de 2018 confirma esta idea: «Aunque el Código civil únicamente recoge la cesión de los créditos en sus artículos 1209 y sigs., la cesión del contrato ha quedado integrada en nuestro ordenamiento jurídico por conducto jurisprudencial, configurándose como una transmisión entre cedente y cesionario de la entera posición contractual que cedente poseía en una relación contractual, dando lugar consiguientemente a una sustitución íntegra en los derechos y obligaciones que dimanaban del contrato, con permanencia objetiva del contrato y sin que se produzca la aparición de un nuevo contrato entre el cesionario y la parte contractual cedida. No obstante, en virtud del retracto operado se produce una subrogación *ope legis* del retrayente en la posición contractual del retraído, siendo tal noción distinta de la cesión del contrato en cuyas circunstancias se requiere del consentimiento de las tres partes, cedente, cesionario y cedido, según ha declarado la jurisprudencia».

¹⁴ COSTAS DE VICENTE, B. (2016). *Venta del piso o local arrendado: derecho de adquisición preferente del arrendatario*, Blog-SEPIN, disponible en <https://blog.sepin.es/2016/01/derecho-adquisicion-preferente-del-arrendatario/>

¹⁵ La Exposición de Motivos del Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo afirma que: «El tercer motivo que justifica la urgencia y necesidad de las medidas es la escasez del parque de vivienda social, que en España ofrece cobertura a menos del 2,5% de los hogares, una cifra que contrasta con los porcentajes sensiblemente superiores al 15% registrados en algunos de los principales países de nuestro entorno, como Francia, Reino Unido, Suecia, Países Bajos, Austria o Dinamarca. Ello se debe a diferentes causas, entre las que se encuentra la orientación, durante décadas y casi en exclusiva, de las políticas públicas hacia modelos de vivienda protegida en régimen de propiedad. En este escenario, es urgente revertir esta dinámica y eliminar determinadas barreras normativas y de financiación que dificultan el desarrollo de promociones de vivienda en alquiler social por parte de las distintas Administraciones Públicas, con objeto de dotar al conjunto de la sociedad de un instrumento al servicio del cumplimiento efectivo del derecho constitucional a la vivienda, que es especialmente necesario para aquellas personas y hogares que tienen más dificultades para acceder al mercado por sus escasos medios económicos».

Y de forma parecida, la Exposición de Motivos del breve Real Decreto Ley 21/2018, señalaba que «En todo caso, la problemática del alquiler trae también causa de la insuficiente oferta de vivienda en alquiler en nuestro país, debido a una serie de trabas prácticas que entorpecen la reacción desde la oferta a las señales de precios, impidiendo que el mercado funcione adecuadamente. En el ámbito específico del alquiler social o asequible, el número de viviendas continúa siendo insuficiente, debido en parte al escaso uso de los mecanismos público-privados, que permiten el máximo impacto sobre el mercado de alquiler dentro de las restricciones presupuestarias existentes».

¹⁶ No olvidemos que la renuncia al retracto solo será posible en los contratos de arrendamiento firmados después de la entrada en vigor de la Ley 4/2013, es decir, a partir de 1 de junio de 2013.

1.4. Sucesiones

Ausencia de competencia registral y notarial para la declaración de ineficacia de legado: la causa falsa como móvil y la aplicación analógica del 767 en el derecho común

Lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy: the false cause as motive and the analogical application of the 767 in the ordinary law

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ

Profesora Titular de Derecho civil.

Coordinadora Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales. UNED

RESUMEN: El artículo 767 del Código civil común, tiene por objeto el tratamiento singular del error en el testamento, con expresa alegación a la causa falsa del heredero o del nombramiento del legatario. Recientemente se ha producido una interesante unificación casacional y doctrinal, al decir que si concurrirse en un legado un caso concreto de imprevisión normativa, será de aplicación el primer párrafo de dicho precepto. En definitiva dada la identidad de razón, ha lugar a la integración analógica: la desaparición del motivo determinante de una disposición testamentaria acarrea su condigna ineficacia. Así se aprecia dada la imprevisión normativa sobre las consecuencias de las modificaciones sobrevenidas al momento del fallecimiento del testador. En este punto, no era extraño apelar en un sentido u otro, cuál habría sido la voluntad del testador de haberse producido la separación o divorcio posterior a la deposición testamentaria favorable a la expareja. Conviene reparar en la exclusiva competencia judicial para la revocación de los testamentos abiertos y la privación de eficacia de su contenido patrimonial. De ahí las RRDGRN, que reiteran que en el ámbito notarial y registral, a falta de conformidad de los afectados y en defecto de previsiones normativas como las existentes en Derecho foral que producen *ope legis* el decaimiento del legado, habrá de estarse al tenor del testamento.

ABSTRACT: *The article 767 of the civil Code, has for object the treatment of the error in the will, with expressed allegation to the heir's false cause or of the legatee's. The unification casacional, when saying that if to be converged in a legacy a concrete case of normative improvidence, it will be of application the first paragraph of this precept. The analogical integration: the disappearance of the decisive reason of a probate disposition its inefficacy. It is appreciated this way given the normative improvidence on the consequences of the modifications happened to the moment of the death of the testator. The will of the testator would have been of having been*

produced the separation or later divorce. The exclusive judicial competition for declaration of inefficiency of legacy. The RRDGRN that reiterate lack of competence of the property registrar and notary for the declaration of inefficiency of legacy.

PALABRAS CLAVE: Ineficacia de legado. Causa falsa como «móvil». Aplicación analógica del 767.

KEY WORDS: *Inefficiency of legacy. False cause as «motive». Analogical application of the 767.*

SUMARIO: I. UN PLANTEAMIENTO SINGULAR SOBRE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS: CONVENIO DE EXTINCIÓN DE CONVIVENCIA DE PAREJA Y LA COMPENSACIÓN DE LEGADO POR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL CESE DE CONVIVENCIA.—II. EL DERECHO INSTITUCIONAL O ESTRUCTURAL EN EL ÁMBITO SUCESORIO Y SUS LAGUNAS.—III. LA PRESENCIA DEL ELEMENTO CAUSAL: DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS A LA DEL ARTÍCULO 767 COMO MÓVIL.—IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN SENTIDO ESTRICTO: EL TRIBUNAL SUPREMO: 1. INTERÉS CASACIONAL MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y CAUSA: LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018. EL TS DECLARA LA INEFICACIA DEL LEGADO EN FAVOR DE QUIEN ERA PAREJA DE HECHO DEL TESTADOR CUANDO ESTE OTORGÓ EL TESTAMENTO, PERO QUE YA NO LO ERA CUANDO FALLECIÓ EL CAUSANTE Y SE ABRIÓ LA SUCESIÓN. 2. LA INMEDIATA STS NÚM. 539/2018, DE 28 SEPTIEMBRE: INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DA LUGAR A LA DESAPARICIÓN DEL MOTIVO DETERMINANTE DEL LEGADO TESTAMENTARIO. 3. EL CRITERIO SUBJETIVISTA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA STS DE 26 DE FEBRERO DE 2003. 4. IGUALDAD DE RAZÓN Y AUSENCIA DE ANALOGÍA: STC 9/2010 DE 27 DE ABRIL DE 2010 Y MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO.—V. JURISPRUDENCIA MENOR: EL INNECESARIO RECURSO A LA ANALOGÍA EN EL DERECHO FORAL: 1. SAP MADRID, DE 9 DE MARZO DE 2017: APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO Y JURISPRUDENCIA. EL DERECHO FORAL FRENTE AL COMÚN. 2. SAP TOLEDO, DE 11 DE JULIO DE 2000. 3. SAP MÁLAGA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999.—VI. LA DGRN: LA COMPETENCIA JUDICIAL EXCLUSIVA PARA LA REVOCACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE CARÁCTER PATRIMONIAL: 1. RDGRN, DE 27 DE FEBRERO DE 2019. 2. RDGRN, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1998: EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERA DE LA ESPOSA DEL TESTADOR HABIENDOSE DISUELTO EL MATRIMONIO CINCO AÑOS ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR.—CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—RESOLUCIONES CITADAS.

I. UN PLANTEAMIENTO SINGULAR SOBRE LOS HECHOS DECLARADOS PROBADOS: CONVENIO DE EXTINCIÓN DE CONVIVENCIA DE PAREJA Y LA COMPENSACIÓN DE LEGADO POR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA POR EL CESE DE CONVIVENCIA

El artículo 767 del Código civil, dudosamente ubicado en sede de la sección segunda *De la institución del heredero* del Capítulo II *De la herencia*, Título III *De las sucesiones* del Libro III, tiene por objeto el tratamiento singular del error en

el testamento. En cierto modo, rompe la sistemática general prevista tanto para la revocación testamentaria como la relativa a la nulidad del legado. De modo que su «singularidad» se subraya, a mayor abundamiento, con la alegación a la causa, al tratarse de un elemento ajeno al previsto como esencial en el artículo 1261 en sede contractual.

Como señala la mejor doctrina¹, esta causa se retrotrae a las Partidas, por lo que no es sino el motivo de la disposición testamentaria, el móvil, principio o máxima de experiencia, circunstancia, en suma, determinante del legado². Especialidad a la que se añade, en el Derecho común, la aplicación analógica de este precepto en defecto de norma. De todo ello, la jurisprudencia dictada por el TS declaraba que «A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en *máximas de experiencia*, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz».

Recuérdese que el tenor literal de su primer párrafo declara que «La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa»³. En el inmediatamente posterior asevera «La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita».

II. EL DERECHO INSTITUCIONAL O ESTRUCTURAL EN EL ÁMBITO SUCESORIO Y SUS LAGUNAS

Conviene contrastar si en el sistema jurídico español existe coherencia o si antes bien el régimen institucional patrimonial, sea de la causa del contrato como elemento esencial o del móvil y la ineficacia de la disposición testamentaria, está presidido por cierta disgregación conceptual. Para ello cotejaremos las conclusiones jurisprudenciales sobre el resultado de la interpretación judicial del precepto integrador vía analógica, así como en el ámbito de la DGRN. De este modo lograremos una visión panorámica de los distintos ámbitos normativos.

Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina.

Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja

únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica). Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera»⁴. Esos principios institucionales, entendidos como principios generales, tampoco pueden ser inferidos de cuanto atañe a la transmisión de las deudas, toda vez que nuestro Código y la legislación complementaria no parece responder a un patrón institucional único.

Por tanto si al siguiente análisis legislativo se añade el jurisprudencial⁵, quizás puedan ser explicadas más rigurosamente las paulatinas alteraciones legislativas que, probablemente, hayan tenido el sentido y la oportunidad de la constante línea jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo desde los primeros momentos de su historia⁶.

III. LA PRESENCIA DEL ELEMENTO CAUSAL: DE LA CAUSA EN LOS CONTRATOS A LA DEL ARTÍCULO 767 COMO MÓVIL

En este sentido, el Profesor LASARTE ÁLVAREZ, advierte que pese a que el requisito de la causa solo es exigible en puridad en las obligaciones con contenido patrimonial y por tanto en los contratos, lo cierto es que sirve como categoría instrumental para todos los negocios jurídicos⁷. En idéntico sentido LACRUZ BERDEJO quien sostiene que «(la causa), el Código la refiere al contrato, circunstancia de la que no se puede obtener conclusiones sistemáticas, por cuanto las únicas obligaciones que requieren control —regulación— de la causa son las contractuales; no porque carezcan de causa las extracontractuales y las legales, sino porque en ellas el control tiene lugar en el momento legislativo de la respectiva obligación. El artículo 1261.3.º del Código civil, al determinar que no hay contrato cuando no haya causa de la obligación que se establezca, erige la causa en *requisito* del contrato, pero en cuanto *elemento* de la obligación»⁸.

En principio las causas posibles que pueden inspirar cualquier acuerdo o convenio, pueden ser, en función del sentido del negocio al que se aspire las siguientes:

- a) Causa *cavendi o intercedendi*⁹;
- b) Causa *credendi*;
- c) Causa *donandi*;
- d) Causa *solvendi*.

En definitiva, la causa *credendi*, atiende a la atribución de una ventaja, frente a la causa *donandi* donde reviste las notas de liberalidad sin contraprestación; por su parte, la causa *solvendi* es aquella con la que se pretende cumplir una obligación¹⁰; todo ello dicho con la prevención que merece las reflexiones de DÍEZ-PICAZO por cuanto efectivamente, son cosas distintas las causas que iluminan la atribución, la de la obligación (donde se ha de discernir entre la causa de la obligación que es la justificación del débito y la causa del contrato que no es sino el motivo por el que se celebró) y la del negocio¹¹.

El cambio de circunstancias en el ámbito sucesorio presenta unas implicaciones interpretativas diferentes, así como en buena lógica unas consecuencias tal y como han evidenciado las distintas resoluciones judiciales y la DGRN. Así,

declara la mejor doctrina, «La interpretación integradora del testamento puede permitir dar el verdadero sentido a una disposición testamentaria en aquellos casos en los que las circunstancias que fueron tenidas en cuenta por el testador varían con posterioridad al otorgamiento del testamento. Estamos de acuerdo con aquella doctrina que entiende que se trata de averiguar lo que el testador habría querido presumiblemente en el momento de hacer testamento de haber conocido esas circunstancias, encontrándose un indicio en la voluntad testamentaria, es decir, en el testamento. *En el análisis de la posible incidencia en la sucesión testamentaria de esas causas sobrevenidas con posterioridad al otorgamiento del testamento, el principal problema no es de interpretación de una voluntad manifestada en el testamento.* En estos casos el testador no ha declarado nada en relación con la circunstancia que aparece tras el otorgamiento y por tanto y para él desconocida, aunque sí existieron las circunstancias determinadas que en el momento de testar le hicieron realizar una declaración y no otra. Entendemos que la única voluntad que puede valorarse es la declarada, de una u otra manera, en el momento de hacer testamento, no creemos que se pueda atender a la llamada voluntad real última del testador, no cabe a nuestro juicio valorar la voluntad más que la referida al momento de la declaración. Igualmente se debe estar de acuerdo en que en la medida de lo posible en la interpretación de la voluntad del testador deba preservarse la eficacia de lo que haya dispuesto antes de su ineficacia pero de la misma manera *debe tenerse en cuenta que la voluntad real del testador no puede ser ni una voluntad errónea (comentario art. 673) ni una voluntad inexistente precisamente porque el cambio de circunstancias acaecido prive de causa a las disposiciones realizadas* (comentario art. 767) (vid. STS de 31 de mayo de 2010 aún sin justificación en el art. 767 CC)»¹².

IV. TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL EN SENTIDO ESTRICTO: EL TRIBUNAL SUPREMO

1. INTERÉS CASACIONAL MÁXIMAS DE EXPERIENCIA Y CAUSA: LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2018. EL TS DECLARA LA INEFICACIA DEL LEGADO EN FAVOR DE QUIEN ERA PAREJA DE HECHO DEL TESTADOR CUANDO ESTE OTORGÓ EL TESTAMENTO, PERO QUE YA NO LO ERA CUANDO FALLECIÓ EL CAUSANTE Y SE ABRIÓ LA SUCESIÓN

Apréciase que como ya anunciamos en la intitulación del epígrafe, la resolución del máximo órgano jurisdiccional —siendo ponente María de los Ángeles PARRA LUCÁN—, declara la ausencia en el Derecho civil común de una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Y en este punto y dado el interés casacional, se fija una doctrina en la que de conformidad con la doctrina mayoritaria —que no la jurisprudencia ni el sentido de las RRDGRN—, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767 del Código civil. En suma, queda acreditada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere el precepto.

En su virtud, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz. En este caso, materializada la extinción de la relación de

pareja después del otorgamiento del testamento, la disposición testamentaria en favor de quien era/fue su conviviente de hecho, quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no podía ser eficaz cuando se produjo la apertura de la sucesión.

A la vista de su claridad expositiva hemos de remitirnos a sus FUNDAMENTOS DE DERECHO, donde declara la ponente:

«PRIMERO.- Antecedentes: El presente litigio versa sobre la eficacia del legado ordenado a favor de quien es pareja de hecho del testador en el momento de otorgamiento del testamento pero ya no lo es cuando fallece el causante y se produce la apertura de la sucesión. La sentencia recurrida declaró la ineficacia del legado y recurre en casación la legataria.

Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. *El testamento abierto otorgado el 7 de agosto de 2008 por Constantino contenía una cláusula 1.ª B conforme a la cual legaba: "a su pareja D.ª Cecilia, en pleno dominio, ciento cincuenta mil euros".*

En la cláusula 2.ª del testamento instituía herederos por partes iguales a sus hijos Elsa y Vicente.

El 16 de octubre de 2009, Constantino y Cecilia otorgan un documento notarial denominado "convenio regulador de cese de la convivencia" en el que, tras exponer que conviven desde hace algunos años declaran "que han decidido establecer unas normas que regulen la posible futura extinción de su relación de convivencia, lo que se regirá por los pactos contenidos en el presente convenio". En el pacto primero se establece que Cecilia podrá continuar en la vivienda que hasta ese momento ha sido domicilio común hasta que Constantino cumpla íntegramente las obligaciones a las que se compromete. En el pacto segundo se establece que «como compensación por el tiempo que ha durado la convivencia, el Sr. Constantino entregará a la Sra. Cecilia la cantidad total de 130.000 euros, cuyo pago tendrá lugar de la siguiente forma: a) en el presente acto son entregados 1.500 euros en efectivo, sirviendo la firma del presente documento como carta de pago. b) Bien mediante entrega en efectivo contra recibo, bien mediante ingreso en la libreta de ahorro de la que es titular la Sra. Cecilia en la entidad Bancaja, el Sr. Constantino realizará tres pagos por importe de 7.800 euros en las fechas y por las cuantías siguientes: hasta el 19 de octubre, 1.200 euros, hasta el 20 de noviembre, 5.000 euros y hasta el 15 de diciembre, 1.600 euros, y los restantes 120.700 euros serán pagados dentro del plazo máximo que finalizará el 31 de diciembre de 2010». Añadía el convenio un pacto conforme al cual, mientras no fuera pagada la cantidad mencionada en último lugar, Constantino ingresaría a Cecilia 1.000 euros mensuales. El pago, que debía hacerse dentro de los cinco primeros días de cada mes, se interrumpiría en el caso de que, ofrecido por Constantino el pago de la totalidad, Cecilia no desalojara la vivienda.

Constantino fallece el 10 de octubre de 2011.

Requerida por la hija heredera mayor de edad para que abandone la vivienda, Cecilia contesta alegando que no hubo ruptura de pareja, que falta legitimación porque sobre el piso existe una reserva troncal a favor de los familiares de la primera esposa de Constantino, a quien pertenecía el piso. Reclama, además, el pago de 17.000 euros. Argumenta que el convenio regulador contemplaba, además del pago de los 130.000 euros que le han sido satisfechos, 1.000 euros al mes hasta el desalojo de la vivienda, por lo que reclama las cantidades correspondientes a los meses de abril de 2010 a octubre de 2011. La sentencia de la

Audiencia Provincial de Valencia de 3 de mayo de 2013 estima la demanda de desahucio por precario previo pago a Cecilia de la cantidad debida y consignada de 17.000 euros.

2. El 1 de marzo de 2012, Cecilia interpone demanda contra Elsa y Vicente, luego ampliada contra los albaceas testamentarios de Constantino, por la que solicita el pago de 150.000 euros más intereses. Los demandados se oponen alegando que el pacto del pago de una cantidad por el cese de la convivencia acredita que Constantino y Cecilia habían dejado de ser pareja y que el legado se hizo en razón del vínculo que les unía por lo que, extinguida la relación, el legado era ineficaz. Formulan demanda reconvenicional solicitando la declaración e ineficacia del legado.

3. El 16 de abril de 2014 el juzgado dicta sentencia en la que considera que la relación entre Cecilia y Constantino no se había extinguido en el momento del fallecimiento de Constantino y que el legado es válido, pero entiende que los herederos solo deben abonar a Cecilia 20.000 euros porque los 130.000 euros ya percibidos deben considerarse a cuenta del legado, puesto que si la convivencia no había cesado no debió aplicarse el convenio que reconocía el pago de aquella cantidad.

4. Cecilia interpone recurso de apelación alegando que se reclamaba el pago de 150.000 euros del legado y que la sentencia de primera instancia, de manera incongruente, al declarar que el legado era válido y que la relación de pareja se mantenía en el momento de fallecimiento de Constantino, aprecia una compensación no solicitada.

Elsa y Vicente impugnan la sentencia de primera instancia, argumentando que el convenio de 2009 y el pago de los 130.000 euros a la demandante en aplicación del mismo demuestran que se había extinguido la relación de pareja en razón de la cual se hizo el legado, por lo que la interpretación de la voluntad del testador lleva a declarar su ineficacia.

5. El 23 de noviembre de 2015 la Audiencia Provincial dicta sentencia por la que desestima el recurso de apelación de Cecilia y su demanda, estima la impugnación de Elsa y Vicente y su demanda reconvenicional y declara la ineficacia y la nulidad del legado dejado en el testamento de Constantino a favor de Cecilia».

Téngase en cuenta que como da cuenta la resolución que se transcribe: «La sentencia declara como hechos probados que cuando falleció el causante, la convivencia de la demandante ya se había extinguido y esa fue la razón por la que cobró la cantidad de 130.000 euros pactados en el convenio notarial suscrito en el año 2009 como compensación por el tiempo de duración de la convivencia. A partir de estos hechos razona que la controversia se circunscribe a la interpretación que debe darse al legado incluido en el testamento de Constantino a favor de Cecilia. Argumenta que la doctrina más moderna admite *la interpretación del testamento conforme a medios de prueba extrínsecos con el fin de averiguar la voluntad real del testador* y observa que, a pesar de que en el Código civil no existe una norma expresa que prive de eficacia a la disposición hecha a favor del esposo o pareja que deja de serlo, *la doctrina y jurisprudencia, con invocación del artículo 767 del Código civil, reconocen que nos encontramos ante una causa falsa en el sentido de móvil incorporado al acto de disposición*. Añade que la aplicación de esta doctrina al caso permite valorar que los actos posteriores del testador reflejan la voluntad de revocar la disposición testamentaria, pues el convenio de 2009 contempla una compensación por el tiempo de convivencia, quedando sin efecto todos los documentos de cualquier índole que hubieran podido firmar. Finalmente, concluye que: “Procede declarar ineficaz el legado concedido a favor

de la demandante atendiendo a la verdadera voluntad del causante al tiempo de otorgar el legado pues lo trascendente para el testador era que D.^a Cecilia fuese su pareja, como así se consigna en el propio documento, y al no serlo al momento del fallecimiento y haber recibido una compensación en razón del tiempo que duró la convivencia, en el momento mismo del cese de la misma, lo consignado en el testamento no tiene razón de ser”.

Visto lo anterior, «La demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional. SEGUNDO.- Recurso de casación. El recurso de casación de la demandante se funda en un único motivo en el que denuncia infracción del artículo 675 del Código civil sobre interpretación de los testamentos, aunque en el desarrollo del motivo menciona también la infracción de los artículos 738 del Código civil (revocación de los testamentos), 873 del Código civil (legado a favor de un acreedor) y 790 y 791 del Código civil (condiciones impuestas a los herederos y legatarios).

Razona que la intención del testador debe encontrarse en la propia declaración testamentaria, que claramente atribuyó el legado a la demandante, sin someterlo a condición alguna; que el testamento solo puede revocarse por otro testamento posterior y la sentencia recurrida atribuye efectos revocatorios a un documento posterior de cese de la convivencia; que el empleo de la expresión “pareja” en el testamento para referirse a la demandante era a simple efectos de identificación de la legataria, no para establecer una condición; que la aplicación del artículo 767 del Código civil es improcedente porque la disposición del legado era explícita en cuanto a su contenido y alcance; que la causa del legado es la mera liberalidad, diferente de la cantidad pactada por el cese de la pareja, de carácter liquidatorio, por lo que su compensación supone infracción del artículo 873 del Código civil».

En su virtud, el FUNDAMENTO TERCERO, adopta la Decisión desestimatoria de la Sala, habida cuenta que «1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta Sala considera que, ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.

2. Conforme al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja.

3. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso, en el que el causante otorgó testamento en el que disponía de un legado a favor de “su pareja D.^a Cecilia”. El empleo de la expresión “su pareja” para referirse a la demandante no puede ser entendido como una mera descripción de la relación afectiva existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación de la favorecida,

a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención a “su pareja” revela el motivo por el que el testador ordenaba un legado a favor de Cecilia, sin que haya razón para pensar que, de no ser su pareja, el testador la hubiera favorecido con un legado. Producida la extinción de la relación de pareja después del otorgamiento del testamento —lo que la sentencia recurrida declara como hecho probado—, la disposición testamentaria a favor de Cecilia quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al entenderlo así la sentencia recurrida, debe ser confirmada.

La sentencia recurrida, por lo dicho, no infringe el artículo 675 del Código civil, al que se refiere el recurso de casación en su encabezamiento, pues precisamente parte de la interpretación de la voluntad real del causante con apoyo en el tenor literal del testamento, que ordena el legado a favor de “su pareja”, D.^a Cecilia».

Adicionalmente asevera: «4. Con el fin de agotar la respuesta a las razones expuestas por la recurrente hay que añadir algunas consideraciones.

La declaración de ineficacia del legado no infringe el artículo 738 del Código civil porque la ineficacia del legado no deriva de una supuesta revocación tácita ni de una presunción de revocación: la revocación, por definición es posterior al otorgamiento del testamento y debe hacerse con las solemnidades necesarias para testar. En este sentido, la afirmación de la sentencia recurrida acerca de la voluntad revocatoria del testador no resulta correcta, pero no es la razón por la que la sentencia declara la ineficacia del legado a favor de Cecilia.

Tampoco se infringe el artículo 873 del Código civil, pues la desestimación de la demanda de Cecilia y la estimación de la reconvencción de Elsa y Vicente no es porque se impute la liberalidad ordenada en el testamento al pago del crédito nacido a favor de Cecilia en el “convenio regulador de cese de la convivencia”, sino que se declara la ineficacia del legado partiendo de la interpretación de la voluntad del testador.

Finalmente, contra lo que sostiene Cecilia, tampoco se infringen los artículos 790 y 791 del Código civil, puesto que no se aplican por la sentencia recurrida, que no basa su decisión en el incumplimiento de una condición prevista por el testador, sino en la aplicación analógica del artículo 767.I del Código civil en relación con el artículo 675 del Código civil».

2. LA INMEDIATA STS NÚM. 539/2018, DE 28 DE SEPTIEMBRE: INEFICACIA DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR SE HA PRODUCIDO UN CAMBIO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DA LUGAR A LA DESAPARICIÓN DEL MOTIVO DETERMINANTE DEL LEGADO TESTAMENTARIO

En este caso, la parte demandante interpone recurso de casación en su modalidad de interés casacional, basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Y también coincide idéntica magistrada y catedrática ponente, PARRA LUCÁN.

«El recurso se funda en un único motivo en el que se denuncia infracción del artículo 767 del Código civil. En su desarrollo se razona que la causante instituyó heredero a su cónyuge precisamente por serlo, de modo que cuando se produjo el divorcio la institución quedó sin causa e ineficaz. TERCERO. Decisión de la Sala. Estimación del recurso. 1. A diferencia de lo que sucede en otros derechos, no existe en el Código civil una regla de interpretación de

la voluntad hipotética del testador medio por la que, basándose en máximas de experiencia, el legislador dé por supuesto que la disposición a favor del cónyuge o su pareja se hace en calidad de tal y mientras lo sea. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante de la doctrina, esta sala considera que, *ante la ausencia de una norma de integración que contemple un caso concreto de imprevisión, debe aplicarse el artículo 767.I del Código civil, dada la identidad de razón existente entre los denominados casos de imprevisión y el supuesto a que se refiere este precepto. Por ello, cuando en el momento del fallecimiento del testador se haya producido un cambio de circunstancias que dé lugar a la desaparición del motivo determinante por el que el testador hizo una disposición testamentaria, la misma será ineficaz.*

Conforme al artículo 675 del Código civil, la regla esencial en materia de interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador. Por ello, la literalidad del artículo 767.I del Código civil, que se refiere a la “expresión” del motivo de la institución o del nombramiento de legatario, no impide que sea posible deducir el motivo de la disposición y su carácter determinante con apoyo en el tenor del testamento, en particular por la identificación del favorecido por cierta cualidad, como la de esposo o pareja del testador.

2. Esto es lo que ha sucedido en el presente caso en el que, tras contraer matrimonio, la causante otorgó testamento en el que instituyó heredero “a su esposo D. Esteban”. El empleo del término “esposo” para referirse al instituido no puede ser entendido como una mera descripción de la relación matrimonial existente en el momento de otorgar el testamento, ni como mera identificación del instituido, a quien ya se identificaba con su nombre y apellidos. La mención del término “esposo” revela el motivo por el que la testadora nombraba a Esteban como su heredero, sin que haya razón para pensar que, de no ser su esposo, la testadora lo hubiera instituido heredero. Producido el divorcio después del otorgamiento del testamento, la institución de heredero quedó privada de la razón por la que se otorgó y, en consecuencia, no puede ser eficaz en el momento en el que se produce la apertura de la sucesión.

Al no entenderlo así la sentencia recurrida, procede estimar el recurso de casación, anular la sentencia dictada por la Audiencia y estimar la demanda, declarando la ineficacia de la institución de heredero y por consiguiente abierta la sucesión intestada de Gracia».

3. EL CRITERIO SUBJETIVISTA DE LA VOLUNTAD DEL TESTADOR: LA STS DE 26 DE FEBRERO DE 2003

Este caso está directamente vinculado a los anteriores al versar sobre el legado al cónyuge del que luego el testador se divorcia. En consonancia con las anteriores resoluciones, «el hecho de que en la disposición testamentaria se identifique al beneficiario por su relación de cónyuge del testador, después de haber expresado su identidad, no permite concluir que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera entenderse la expresión de aquella relación como un elemento simplemente identificativo, lo que impediría aplicar el artículo 767 del Código civil; que a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador y en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita, la existente al tiempo del otorgamiento, por lo que una alteración sobrevinida de las circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la esencial

revocabilidad del testamento (art. 739 del mismo Código). Y si bien es cierto que a la hora de interpretar la voluntad del testador no puede descartarse que esta presupusiera para la eficacia de una disposición que permaneciese una situación —el vínculo matrimonial con el favorecido— que después ha desaparecido y esa voluntad habría de prevalecer conforme a los criterios interpretativos contenidos en los artículos, 675 y 767 del Código civil que si bien han de partir del contenido del propio testamento ha de seguir, según reiterada doctrina del Tribunal Supremo, un criterio subjetivista, tratando de buscar la real voluntad del testador, criterio interpretativo que podría conducir, tal como postula el recurrente, a entender que la disposición no se habría hecho de haber sabido que el vínculo matrimonial con el favorecido no subsistiría y que ello era lo que se quería expresar al hacer la disposición en favor del cónyuge, tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente en procedimiento contradictorio y con una fase probatoria que no cabe en el procedimiento registral en el que ha de estarse al contenido literal del testamento, lo que impide admitir la inscripción de una partición en que el contador partidor se aparta de su contenido al estimar como ineficaz una disposición que judicialmente no se ha declarado como tal»¹³.

4. IGUALDAD DE RAZÓN Y AUSENCIA DE ANALOGÍA: STC 9/2010 DE 27 DE ABRIL DE 2010 Y MOMENTO TEMPORAL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD: LA BÚSQUEDA DE LA VOLUNTAD DEL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO

No es la primera vez que nos cuestionamos si el pronunciamiento constitucional citado en el epígrafe, se cohonesto con la jurisprudencia del Tribunal Supremo cuando ha advertido que el sentido de esta tarea hermenéutica deberá buscar la voluntad del testador en el momento de otorgar testamento y no en otro momento temporal diferente.

Expresiva de la anterior afirmación es la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2010, dictada siendo ponente O'CALLAGHAN, por cuanto declara que «la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador (así, sentencias de 24 de mayo de 2002, 21 de enero de 2003, 19 de diciembre de 2006). Lo importante y, esencial en el presente caso, es conocer el momento en que se debe saber cual es esta voluntad real. Y este momento es aquel en que declaró su voluntad, otorgando el testamento. Este es revocable hasta el momento mismo de la muerte: *ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*, pero la revocación es precisa para conocer la voluntad real al tiempo de otorgarlo. El testamento se perfecciona en el momento de su otorgamiento, mediante la emisión de la declaración de voluntad no recepticia. Es un negocio jurídico unilateral y no recepticio, por lo que su interpretación debe referirse al tiempo de su otorgamiento y no al tiempo de su muerte: así lo ha mantenido reiterada jurisprudencia, como las sentencias de 29 de diciembre de 1997, 23 de enero de 2001 y 19 de diciembre de 2006».

Ahora bien, cuestión distinta es la eficacia de la cláusula condicional suspensiva objeto de la *litis* de la STC 9/2010, para cuya interpretación se acude no a la normativa vigente en el momento del otorgamiento, sino a la del orden constitucional como orden público al que se acudirá en los supuestos en que la interpretación judicial sea la que cause la discriminación y no el causante.

V. JURISPRUDENCIA MENOR: EL INNECESARIO RECURSO A LA ANALOGÍA EN EL DERECHO FORAL

1. SAP MADRID, DE 9 DE MARZO DE 2017: APLICACIÓN DEL DERECHO SUSTANTIVO Y JURISPRUDENCIA. EL DERECHO FORAL FRENTE AL COMÚN

Dice así, sobre la eficacia del legado testamentario en favor del cónyuge del que el testador se encuentra separado al momento del fallecimiento. Declara el error grave en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho sustantivo y jurisprudencia.

Con agudeza compara el Derecho foral frente al común, y por ello asevera que el Código civil «a diferencia de algunas legislaciones forales que establecen una *presunción iuris tantum* en favor de su ineficacia, no aborda el efecto que sobre las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge tienen la posterior nulidad, divorcio, separación judicial o de hecho de los cónyuges».

Apela al Derecho civil foral con perspicacia: «Efectivamente, el artículo 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia dispone que: Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en favor del cónyuge no producirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco producirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges. El artículo 201 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra dispone: Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro. El artículo 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, declara que: 1. La institución de heredero, los legados y las demás disposiciones que se hayan ordenado a favor del cónyuge del causante devienen ineficaces si, después de haber sido otorgados, los cónyuges se separan de hecho o judicialmente, o se divorcian, o el matrimonio es declarado nulo, así como si en el momento de la muerte está pendiente una demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, salvo reconciliación. Y el artículo 438 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, dispone que: Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquel estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin».

La resolución, sin lugar a dudas es brillante, aguda, minuciosa y de lo evidenciado, es decir, del derecho sustantivo y no de una diferencia interpretativa, desemboca en que la STS citada en segundo lugar apele al recurso de casación dada la ausencia de doctrina pacífica de las Audiencias Provinciales.

Sigue afirmando que «un grupo de resoluciones niegan la ineficacia de dichas cláusulas. La SAP de Madrid de 15 de abril de 2013, sostuvo que el testador estaba en su cabal juicio, pudo revocar el testamento y no lo hizo, y que las situaciones de divorcio no siempre son traumáticas y no implican necesariamente pérdida de

afectividadad. En análogo sentido la SAP de Madrid, de 13 de diciembre de 2013, confirmó la validez del testamento, argumentando que la causante pudo revocarlo durante más de ocho años desde la separación de hecho de su esposo, sin que lo hiciera, manteniendo la eficacia del testamento, recordando que las disposiciones testamentarias deben interpretarse teniendo en cuenta la voluntad del testador al tiempo de su otorgamiento, y que solo pueden revocarse por otras posteriores, sin que la simple voluntad de revocar un testamento tenga eficacia en tanto no se plasme en un nuevo testamento revocatorio. Se rechaza también que la utilización de la palabra esposo en el testamento, para determinar la institución, implique que esta se condiciona a la subsistencia del vínculo matrimonial, pues se argumenta por el Tribunal que las condiciones nunca se presumen. La SAP de Albacete de 30 de marzo de 2007 destaca también la necesidad de revocación expresa de las disposiciones testamentarias y la inexistencia en el Código civil de una norma que presuma la revocación en caso de divorcio, a diferencia de algunas legislaciones forales.

En sentido contrario, la SAP de Granada de 11 de junio de 2010 admite la ineficacia sobrevinida de la disposición testamentaria por la posterior separación judicial de los cónyuges afirmando que: La cláusula citada, por su propio contenido y posibilidades que contempla, está pensada para el supuesto de que al morir el testador, su consorte no se hallare separada, manteniendo el derecho al usufructo del tercio destinado a mejora; cuota viudal que no le correspondía al momento del fallecimiento en el caso enjuiciado, al encontrarse separada legalmente. Respecto a la no revocación de la cláusula cuestionada, pese a que desde que se produjo la separación hasta el fallecimiento transcurrieron más de trece años, hemos de insistir en que dado el contenido de la misma, producida la separación que privaba a la esposa de su cuota legitimaria, así como la disolución de la sociedad legal de gananciales, seguida de su posterior liquidación, es impensable que el esposo creyera que aún le restaban derechos a la esposa *mortis causa*. El supuesto enjuiciado, debe resolverse por la vía de la interpretación de la voluntad hipotética. Otorgado el testamento, cuando se encontraba unido a su esposa por el matrimonio, de haber previsto que al momento de su fallecimiento pudiera estar separado de la misma y producido el hecho posteriormente, no la hubiera nombrado heredera y, por tanto, producido el hecho posteriormente, su voluntad, en tal sentido, ya no puede producir efectos. Por tanto, debe hablarse de ineficacia sobrevinida. La SAP de Málaga de 13 de diciembre de 1999 analiza la cuestión desde la perspectiva de la causa falsa en la institución, esto es, de la aplicación al caso del artículo 767 del Código civil. Considera que lo que deberá plantearse es lo que probablemente hubiera querido el testador de haber conocido el posterior divorcio. Para determinar si existe esa causa falsa acude a la prueba extrínseca. Y así, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente *litis* y en este sentido debe declararse ineficaz. Partiendo de las precedentes consideraciones, revisada la valoración de la prueba practicada, visionado el soporte de grabación del acto de la vista, y las reglas del Derecho Común, esta Sala no encuentra motivos para declarar la ineficacia del legado testamentario por las siguientes razones:

1. Las reglas interpretativas de la voluntad del causante (art. 675 CC) y el momento en el que dicha voluntad debe averiguarse es el del mismo otorgamiento del testamento. En este sentido la STS de 29 de diciembre de 1997, razona que «la voluntad real del testador es la del momento en que emitió su declaración, es decir, de cuando otorgó el testamento; tras este momento, pudo haber cambio de circunstancias, pero el testador siempre puede revocarlo y otorgar nuevo testamento hasta el instante mismo de su muerte. El testamento no puede recoger una voluntad del testador que sea posterior a su otorgamiento». Y la STS de 19 de diciembre de 2006 que la finalidad de la interpretación del testamento es la averiguación de la voluntad real del testador que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (aparte de otras, SSTs de 29 de diciembre de 1997 y 23 de enero de 2001).

2. Los efectos del error en los motivos o la causa falsa de la institución se contemplan en el artículo 767 del Código civil que dispone que: La expresión de una causa falsa de la institución de heredero o del nombramiento de legatario, será considerada como no escrita, a no ser que del testamento resulte que el testador no habría hecho tal institución o legado si hubiese conocido la falsedad de la causa. La expresión de una causa contraria a derecho, aunque sea verdadera, se tendrá también por no escrita; que no sería de aplicación pues la causa es falsa en el momento de la disposición, y no por circunstancias sobrevenidas que afecten a la disposición testamentaria.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RDGRN) de 26 de noviembre de 1998 aborda directamente la aplicación del artículo 767 del Código civil al divorcio posterior de la esposa nombrada heredera por el esposo en el testamento.

3. La necesidad de que la revocación de un testamento se realice solo mediante el otorgamiento de otro testamento posterior. Según el artículo 738 del Código civil: El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar. Así, la RDGRN de 26 de noviembre de 1998, declara que el divorcio posterior del testador no autoriza para presumir la revocación de las disposiciones testamentarias hechas a favor de su cónyuge cuando estaban casados.

4. Las causas de ineficacia de las disposiciones testamentarias son tasadas, constituyen un *numerus clausus*. El artículo 743 del Código civil dice: Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, solo en los casos expresamente prevenidos en este Código.

5. La prueba practicada tampoco es concluyente. Las declaraciones testificales de D. José Antonio, y D.^a Adolfinia, si bien pudieran evidenciar que las relaciones entre el fallecido y la demandada fueron inexistentes tras la separación, llegando D. José Antonio a afirmar que su hermano no la podía ni ver, son contrarias a las de D. Benito, sobrino de la demandada, quien sostuvo que esta, Esther, durante la enfermedad estuvo en casa de Hermenegildo ayudando, lo que determina que la valoración de tales pruebas conforme a reglas de la sana crítica, sea insuficiente para acreditar la presunción de ineficacia de la disposición, cuando el causante pudo dejarla sin efecto mediante la revocación testamentaria.

Consta, en cambio, y sobre ello nada se dice en la demanda, que mucho después de la separación matrimonial, D.^a Esther, de la que el fallecido no se llegó a divorciar, fue designada por este como beneficiaria del seguro de vida Renta Caja Madrid concertado el 3 de abril de 2005, sin que conste que percibiera su

importe como heredera legal. Cierto es, como destacó el juez en el acto de la vista, que en el documento núm. 9 de la contestación no se identifica al beneficiario de dicho seguro, pero sí se certifica por la aseguradora en el documento núm. 8 del siguiente tenor: Que Dña. Esther, es beneficiaria del Seguro de Vida Renta C.M. indicado a continuación, póliza X, fecha efecto 03/06/20105, asegurado D. Hermenegildo y que al fallecimiento del asegurado ocurrido el 7 de abril de 2010, la prestación para dicha beneficiaria consiste en Renta mensual constante cierta durante 10 años, más el pago de un capital adicional equivalente al importe de 6 mensualidades. Siendo el importe de la mensualidad de 281,36 euros. Siendo el valor actual determinado para dicha prestación de 31.876,91 euros calculado de acuerdo con las bases técnicas del contrato.

De cuyo contenido no cabe deducir, contrariamente a lo declarado por D. Román, asesor de Talleres Conde SL y cuñado de las demandantes, que dicho seguro fuera el vinculado al préstamo hipotecario solicitado por el Sr. Hermenegildo para la adquisición de una vivienda, y destinado a garantizar el pago de la misma, lo que de ordinario se canaliza a través de un seguro de amortización del préstamo del que resulta beneficiaria la entidad prestamista, pues de haber sido así, la prestación derivada del siniestro tuvo que haber sido destinada a la amortización del préstamo, lo que no sucedió pues al parecer y como afirmó el testigo la hipoteca no se había cancelado».

2. SAP TOLEDO, DE 11 DE JULIO DE 2000

Afirma la sentencia, sobre la «teoría del error en el negocio jurídico no es inaplicable al derecho de sucesiones, por más que en el artículo 673 del Código civil no se mencione expresamente el error como causa de nulidad de los testamentos, porque sí es tenido en consideración en otros preceptos como motivo de nulidad de las disposiciones testamentarias, encontrando su adecuada expresión en el artículo 767.1, bajo la denominación de falsedad de la causa¹⁴. Por causa, en la institución de heredero debe entenderse la mera liberalidad del causante, puesto que es un acto de libre disposición de bienes o benéfico si se produce fuera de las normas de derecho necesario que amparan a los herederos forzosos; cuando esa liberalidad no está determinada por un falso conocimiento de la realidad, procedente del propio testador y no de un tercero (estaríamos en este supuesto ante el dolo), la institución de heredero es válida. En el presente caso, los actores no pueden alegar el desconocimiento por parte del testador de la institución jurídica que impugnan —nombramiento de heredero—, lo que significa y representa; luego solo la existencia de una circunstancia falsa y determinante de la expresión de voluntad que el testamento comporta, y desconocida por el declarante al tiempo de hacer testamento podría implicar la nulidad del acto. Esa circunstancia debe ser ignorada desde que se hace el testamento y en todo momento posterior hasta la muerte del testador, porque, si bien el testamento abierto se configura bajo el principio de unidad de acto, su validez se renueva día a día hasta que produce efectos. En el presente caso, don Teodoro instituyó a su esposa doña Victoria como su única y universal heredera, y careciendo de descendientes, podía hacerlo. Durante trece años convivieron bajo la validez de la institución y cuando se separaron no modificó su testamento pese a que, desde el momento de la separación legal, que fue posterior a la separación de hecho, tuvo tiempo y salud para hacerlo. La separación matrimonial no produce la ruptura del vínculo, y por tanto los cónyuges separados siguen siendo cónyuges,

no puede argumentarse que la institución de heredero hecha en los siguientes términos: Instituye heredera en todos sus bienes, derechos y acciones en pleno dominio a su esposa doña Victoria C. S., se hiciera con la condición de que fuera y siguiera siendo su esposa, porque de derecho, seguía siendo su esposa cuando falleció, y porque de la redacción del testamento no puede extraerse una condición resolutoria. Es impensable que el testador desconociera su situación matrimonial, que según la prueba testifical y de confesión era de separación de hecho mucho antes de la separación legal, y es también impensable que ignorara su disposición testamentaria. Expresiones como las de «tengo que cambiar el testamento», o «voy a cambiar el testamento», que testimonia Ángel R. R., amigo de Teodoro, haberle oído alguna vez, carecen de virtualidad jurídica para estimar afectada de falsedad la institución de heredero, y no acreditan un propósito firme en una materia tan formal y tan íntima como la presente. No apareciendo ni la violación del derecho ni el error en la apreciación de la prueba que se alegan por recurrentes, procede la desestimación del recurso.

3. SAP MÁLAGA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1999

En este caso, el supuesto al remontarse a la imposibilidad de divorcio ha de adoptar casuísticamente otro rumbo jurídico. Así «la cuestión no radica tanto en la posibilidad de revocación, y que por otra parte, debido a la incapacidad psíquica sufrida por el testador del 51%, si bien en ningún momento se procedió a su incapacitación, quizá hubiera impedido una válida revocación, sino en la eficacia, en sí, de la disposición testamentaria en cuanto instituyó heredera a su esposa, que dejó de serlo tras el divorcio y la voluntad encerrada en dicha disposición testamentaria. Teniendo en cuenta que el testamento se otorga en 1978 y, por consiguiente, en esa fecha no era posible el divorcio en nuestro país aunque sí la separación, entiende la Sala que, mediante una interpretación integradora y tomando en consideración el artículo 3 del Código civil en cuanto a la realidad social, el común de los testadores entendería que se instituye heredera a la esposa en tanto en cuanto es su esposa y esta disposición debe entenderse motivada por la consideración a que precisamente es su esposa; si el testador hubiera previsto que no lo sería no hubiera determinado dicha disposición, padeciendo, en consecuencia, de causa falsa de la institución de heredero regulada por nuestro Código civil en su artículo 767, la disposición testamentaria cuestionada en la presente litis y en este sentido debe declararse ineficaz».

VI. LA DGRN: LA COMPETENCIA JUDICIAL EXCLUSIVA PARA LA REVOCACIÓN DE UNA DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA DE CARÁCTER PATRIMONIAL

1. RDGRN, DE 27 DE FEBRERO DE 2019

Como resume la DGRN la temática que resuelve versa sobre los siguientes extremos: Registro de la Propiedad: inscripción: partición de herencia: improcedencia: causante que instituye heredera universal a su esposa y expresa que dicha institución ha quedado sin efecto como consecuencia del divorcio posterior y disolución del vínculo conyugal: apertura de la sucesión intestada del causante nombrándose herederos a sus tres hermanos que otorgan la escritura de acepta-

ción y partición objeto de inscripción: La revocación de los testamentos abiertos no puede tener lugar sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido: no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges la revocación o ineficacia, ministerio legis, de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro: debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio: la simple alteración sobrevinida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria.

El recurso es desestimatorio pese a la alegación de la reciente jurisprudencia recogida *ut supra*. Y lo es ante la ausencia de competencia notarial y registral para la revocación de una disposición testamentaria de carácter patrimonial.

Fundamentos de Derecho

«En el testamento que sirve de base a las adjudicaciones el causante “instituye heredera universal de todos sus bienes a su esposa doña M. C. C. F. (...)”. Y se expresa que “dicha institución, ordenada a favor de ‘su esposa’ ha quedado sin efecto como consecuencia del divorcio posterior y disolución del vínculo conyugal (...). Como consecuencia de ello, procede la apertura de la sucesión intestada del causante, lo cual se ha llevado a cabo mediante acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, autorizada (...) el día 7 de agosto de 2018 y bajo número 1427 de protocolo, en cuya virtud se han declarado herederos del causante a sus tres hermanos aquí comparecientes”. La escritura fue otorgada únicamente por estos tres herederos».

En buena lógica y dadas las consecuencias revocatorias de la disposición y la apertura de la sucesión intestada, el registrador de la propiedad fundamenta su negativa a la inscripción en los siguientes términos:

«No está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, como efecto de la separación o el divorcio de los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre con la representación voluntaria, la revocación por ministerio de la ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos a favor del otro.

Dicha revocación exige una declaración expresa de voluntad del causante hecha con las solemnidades necesarias para testar. No existiendo dicha declaración, el testamento otorgado produce todos sus efectos mientras que por una sentencia firme no se declare que la voluntad del testador fue la de vincular la disposición testamentaria a la condición de cónyuge de la heredera instituida.

El solo reflejo en el testamento de la palabra “esposa” no es razón suficiente para que pueda concluirse que ese sea el motivo —causa— de la disposición a los efectos del artículo 767 del Código civil.

Por tanto, no puede inscribirse la partición hereditaria otorgada en virtud de un título sucesorio —acta de notoriedad— que, dada las circunstancias, carece de efecto alguno, al existir un título sucesorio testamentario que, en los términos expresados, produce todos sus efectos mientras no se declare judicialmente su ineficacia».

La notaria recurrente alega, en esencia: Que de la interpretación del testamento, atendiendo a los criterios literal, lógico, sistemático, finalista y adecuados a las circunstancias del caso resulta evidente que la institución de heredera se encontraba condicionada a que la instituida fuera la esposa del causante al abrirse la sucesión; Que la doctrina de esta Dirección General según la cual no cabe presumir la voluntad de revocar la disposición testamentaria efectuada a favor del cónyuge que se divorcia del testador, debe ser revisada, a la vista de determinados pronunciamientos judiciales (que aprecian la existencia de causa

falsa de la institución, conforme al artículo 767 CC), de la regulación en los ordenamientos civiles especiales que, a excepción de Baleares, recoge expresamente la ineficacia sobrevenida de la disposición testamentaria a favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial, y de las circunstancias concretas del caso (carácter privativo del bien y la inexistencia de relaciones entre el causante y su esposa); Y, finalmente, que debe aplicarse la doctrina establecida para un supuesto idéntico por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018, según la cual la expresión en el testamento de que la disposición testamentaria se hace a favor del esposo de la testadora permite concluir que su voluntad era que la disposición fuera ineficaz en caso de divorcio posterior.

2. La cuestión debatida ha sido resuelta por esta Dirección General (resoluciones de 26 de noviembre de 1998 y de 26 de febrero de 2003) con una doctrina que debe ser mantenida.

Como puso de relieve la primera de esas resoluciones, la revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar, sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges —o de la nulidad del matrimonio— la revocación o ineficacia, «ministerio legis», de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los artículos 102 y 106 CC). Y es que falta una norma como la de la mayoría de las legislaciones forales, que para tales casos establecen —normalmente, como presunción «*iuris tantum*»— la ineficacia de la disposición testamentaria en favor del cónyuge (cfr. artículos 422-13 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; 208 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia; 438 del texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», por el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón; 201 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, y 28.3 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco). También se previene expresamente la ineficacia sobrevenida de las disposiciones testamentarias en favor del cónyuge en caso de crisis matrimonial en ordenamientos extranjeros como el alemán (párrafo 2077 del B.G.B.), portugués (art. 2317.d CC) o el inglés (sección 18.A de la «Will Act»).

Por otra parte, en el presente caso no puede apreciarse que en la institución hereditaria debatida concorra una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición que determine su ineficacia—, conforme al artículo 767 del Código civil.

Este precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquella («falsa causa non nocet»). Este criterio pasó al Código civil a través de las Partidas («falsa o mintrosa razón diciendo el testador, quando ficiesse la manda, non le empece nin se embarga por ella»; Sexta Partida, Tít. IX, Ley XX), y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977, entre otras).

Así, debe tenerse en cuenta: a) que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la «esposa» y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución,

pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código civil. Pero, además, si se aplicara dicho precepto, necesariamente debería llevar a concluir que aun entendiendo que esa forma de disposición comporta la expresión del motivo de la institución de heredera y ese motivo deviene posteriormente erróneo, debería considerarse dicha expresión como no escrita y, por ende, probarse que del propio testamento resulta que el testador no la habría ordenado si hubiese conocido dicho error. En definitiva, a falta de una norma que —como las antes referidas de las legislaciones forales y comparadas— establezca la presunción de ineficacia de la disposición en favor del excónyuge, debe probarse que el testador no habría otorgado la disposición de haber podido conocer la disolución del matrimonio por divorcio (cfr., respecto de la filiación, las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1942 y 14 de marzo de 1964); b) que, en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria, y c) que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que esta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de este— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, porque, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, pues aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997, 23 de junio de 1998, 24 de mayo de 2002, 14 de octubre de 2009 y 25 de noviembre de 2014, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición nada impide que de la interpretación de la real «voluntas testatoris» del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el «de cuius» no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria (algo que no cabe presumir, máxime si se tiene en cuenta que, en la práctica, es habitual designar como favorecido al cónyuge precisamente haciendo referencia a esta cualidad y no por la mera transcripción de sus nombre y apellidos, pero sin que se condicione expresamente la disposición a aquella cualidad), si bien tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso contra la calificación registral —ni en las actuaciones notarial y registral—, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late

en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793, y «ex analogía», 1284).

Este Centro Directivo no puede desconocer el criterio del Tribunal Supremo en la sentencia número 539/2018, de 28 de septiembre de 2018, citada por la recurrente, y en la sentencia número 531/2018, de 26 de septiembre. Pero *respecto del ámbito notarial y registral cabe recordar que la privación de eficacia del contenido patrimonial de un determinado testamento exige, a falta de conformidad de todos los afectados, una previa declaración judicial que, tras un procedimiento contencioso instado por quien esté legitimado para ello, provoque su pérdida de eficacia* (total o parcial); y ello porque el principio constitucional de salvaguarda judicial de los derechos (cfr. artículo 24 de la Constitución Española) en conjunción con el valor de ley de la sucesión que tiene el testamento formalmente válido (cfr. art. 658 CC), conduce inexorablemente a la necesidad de una declaración judicial para privar de efectos a un testamento que no incurra en caducidad ni en vicios sustanciales de forma (cfr. resoluciones de esta Dirección General de 13 de septiembre de 2001, 21 de noviembre de 2014 y 2 de agosto y 5 de octubre de 2018). Por ello, debe concluirse que en el caso que es objeto de este recurso *no podrá prescindirse, sin la pertinente declaración judicial de ineficacia, del testamento del que deriva la condición de heredera de la excónyuge del causante*. Y, respecto de la declaración notarial de herederos abintestato que sirve de base a la escritura de adjudicación de herencia calificada, cabe recordar la reiterada doctrina de este Centro Directivo según la cual el registrador puede y debe calificar las posibles discordancias entre la declaración de herederos realizada en el acta notarial y lo que resulte del correspondiente llamamiento legal, así como la no acreditación de los presupuestos legales para la apertura de la sucesión intestada (cfr., por todas, las resoluciones de 5 de diciembre de 1945, 12 de noviembre de 2011, 12 de junio de 2012 y 12 y 16 de noviembre de 2015). Esta Dirección General ha acordado desestimar el recurso y confirmar la calificación impugnada.

2. RDGRN, DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1998: EFICACIA DE LA INSTITUCIÓN DE HEREDERA DE LA ESPOSA DEL TESTADOR HABIENDOSE DISUELTO EL MATRIMONIO CINCO AÑOS ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL TESTADOR

1. Este recurso versa sobre la eficacia o ineficacia de la institución de heredero en favor de la esposa del testador, cuando el matrimonio había quedado posteriormente disuelto por divorcio cinco años antes del fallecimiento del causante.

2. Como cuestión previa, ha de quedar claro, que ningún fundamento tiene la pretensión del registrador de considerar aplicable el artículo 132 del Código de Derecho de Sucesiones de Cataluña, toda vez que la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento era la de Derecho común (cfr. arts. 9.8 y 14.1 CC). Habrá que atender, por tanto, al régimen previsto en el Código civil.

3. La revocación de los testamentos abiertos, en Derecho común, no puede tener lugar sino a través del otorgamiento de un nuevo testamento válido. No se produce la revocación de los testamentos mediante actos o negocios jurídicos que no adopten las formas testamentarias, ni en virtud de causas no previstas legalmente (cfr. arts. 738, 739 y 743 CC). Debe resaltarse, a este respecto, que no está previsto, como efecto de la separación o divorcio de los cónyuges, la revocación por ministerio de la Ley de las disposiciones testamentarias efectuadas por uno de ellos en favor del otro (a diferencia de lo establecido respecto de los poderes y consentimientos en los arts. 102 y 106 CC; o de lo dispuesto, respecto

de las disposiciones testamentarias, en el mencionado art. 132 del Código de Sucesiones de Cataluña, o de la ineficacia de las disposiciones prevenida en Códigos de otros países, como, por ejemplo, el parágrafo 2077 del BGB alemán o el art. 2317 CC portugués). Por ello, cuando sea el vínculo matrimonial existente lo que lleve al testador a disponer en favor de su consorte, como ocurrirá de ordinario, y después se extinga el matrimonio, únicamente por voluntad de aquel, expresada con las solemnidades necesarias para testar, podrá quedar revocada la disposición (cfr. art. 1343, como ejemplo de posibilidad de revocación —aunque causal— de disposiciones gratuitas en favor del cónyuge, en caso de extinción de la relación matrimonial).

4. Debe ahora dilucidarse si, como entiende el Registrador, para negar la inscripción de la escritura calificada puede apreciarse en la institución hereditaria la concurrencia de una causa falsa —en el sentido de erróneo motivo de la disposición— que determine su ineficacia, conforme al artículo 767 del Código civil.

En esta materia, dicho precepto acogió la regla tradicional, procedente del Derecho Romano, de que la expresión testamentaria de una causa falsa de la institución hereditaria se tiene por no escrita y no afecta a la validez de aquella (*falsa causa non nocet*). Este criterio pasó al Código civil a través de las Partidas (Falsa o mintrosa razón diciendo el testador, guando ficiesse la manda, non le emepe nin se embarga por ella; Sexta Partida, título IX, Ley XX); y ha sido corroborado por la doctrina del Tribunal Supremo (cfr. las sentencias de 30 de abril de 1920, 10 de febrero de 1942, 14 de marzo de 1964, 5 de marzo de 1965 y 2 de julio de 1977).

En el presente caso ha de tenerse en cuenta: a) Que del hecho de que la disposición testamentaria ahora cuestionada se refiera a la “esposa” y añada su nombre y apellidos no puede concluirse que haya una clara expresión del motivo de la institución, pues bien pudiera interpretarse como un elemento más de identificación de la persona favorecida, por lo que no sería aplicable la norma del artículo 767 del Código civil, b) Que en congruencia con la naturaleza del testamento como acto formal y completo una vez otorgado, ha de ser determinante la voluntad pretérita del testador, su voluntad en el momento de otorgar la disposición, por lo que la simple alteración sobrevenida de circunstancias tiene su adecuado tratamiento en la revocabilidad esencial del testamento (cfr. art. 739 CC) y en la posibilidad de otorgamiento de una nueva disposición testamentaria, c) Que, no obstante, a la hora de interpretar la verdadera voluntad del testador no debe descartarse que esta presupusiera, para la validez de la institución, la persistencia de una situación —la relación matrimonial entre la favorecida y el testador hasta el fallecimiento de este— que después queda interrumpida, y esa voluntad debe prevalecer de conformidad con el criterio interpretativo en sede de testamentos recogido en los artículos 675 y 767 del Código civil, sin que constituya óbice alguno la referencia que tales preceptos hacen al propio testamento como base de la interpretación, pues, según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, dicha interpretación ha de hacerse con un criterio subjetivista, porque aunque tenga un punto de partida basado en las declaraciones contenidas en el documento testamentario, su finalidad primordial es la de investigar la voluntad real del testador, tratando de armonizar en lo posible las distintas cláusulas de aquel, empleando unitariamente las reglas de hermenéutica, e incluso haciendo uso, con las debidas precauciones, de los llamados medios de prueba extrínsecos, o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta (cfr. las sentencias de 3 de abril de 1965, 12 de febrero de 1966, 29 de enero de 1985, 6 de abril de 1992, 29 de diciembre de 1997 y 23 de junio

de 1998, entre otras citadas en ellas). Al apreciar la eficacia o ineficacia de la disposición, no debe valorarse la voluntad ulterior de mantener la institución por parte del causante (y por ello no siempre puede ser concluyente la mera inactividad del testador que no revoca la disposición —piénsese, por ejemplo, en la imposibilidad de revocarlo por incapacidad sobrevenida, circunstancia esta que, por otra parte, podría haber sido la causa de la separación y posterior divorcio—), pero nada impide que de la interpretación de la real *voluntas testatoris* del momento en que otorgó el testamento pueda concluirse, con los medios hermenéuticos mencionados, que el *de cuius* no habría hecho la institución de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría y que eso quería expresar al mencionar en la disposición la condición de esposa de la beneficiaria, si bien tal hipótesis solo puede ser apreciada judicialmente, en procedimiento contradictorio, con una fase probatoria que no cabe en el ámbito del recurso gubernativo, debiendo prevalecer mientras tanto la interpretación favorable a la eficacia de la institución, en congruencia con el principio de conservación de las disposiciones de última voluntad que late en diversas normas del Código civil (cfr., por ejemplo, el propio art. 767, y los arts. 715, 743, 773, 786, 792, 793 y, *ex analogía*, 1284).

Por cuanto antecede, y habida cuenta que el registrador se halla limitado en su calificación por lo que resulta del documento presentado y de los libros a su cargo (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria), debe concluirse que el título hereditario objeto del recurso es susceptible de inscripción, sin perjuicio del derecho que asiste a los que se consideren perjudicados para instar un procedimiento declarativo en que se ventile la posible ineficacia de la institución hereditaria, con la correspondiente anotación de demanda que enerve los efectos de la fe pública registral¹⁵.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso, revocando el Auto apelado y la nota de calificación registral. Madrid, 26 de noviembre de 1998. El Director general, Fdo.: Luis María Cabello de los Cobos y Mancha. Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

CONCLUSIONES

I. En virtud de lo expuesto cabe de nuevo poner de manifiesto la inexistencia de lagunas del ordenamiento jurídico así como su autosuficiencia para cubrir las lagunas de la ley. En el caso en concreto basta recurrir a la integración analógica y al propio sentido común, si bien girando el rumbo clásico y diferenciando el ámbito de su aplicabilidad.

II. En ciertos ordenamientos forales, en el punto analizado, es decir, la modificación sobrevenida de las circunstancias determinantes del legado o disposición hereditaria, trae aparejado por ministerio de la ley, la revocación de su contenido patrimonial. Estas previsiones, de carácter dispositivo, bien podrían haber decretado, que el legado subsistiría pese a una potencial separación de la pareja de hecho o matrimonial. Pues bien, lo cierto es que, participan de una fortaleza jurídica de la que a mi juicio carece el Derecho civil foral. Cuando menos en la materia singular tratada en estas líneas y ello pese a la tradicional renuencia a deponer voluntades testamentarias y al acierto de la jurisprudencia más reciente. Y si subrayamos este aspecto es, precisamente, por el incremento de las separaciones matrimoniales, entre otras circunstancias que puedan determinar la revocabilidad de la disposición patrimonial.

III. Cabe destacar que pese a la inmediata aplicación de esta nueva unificación casacional por parte de la DGRN, nada impide otra interpretación ante nuevos argumentos, como que nada obstaculiza la independencia judicial, con la condigna consecuencia de distintas doctrinas en las Audiencias en cuanto se refiere a discrecionalidad de la resolución en la materia. Es decir, ante las demandas que se puedan interponer con los consabidos fundamentos alegados por las partes, bien puede suceder que para evitar la incongruencia se deba atender a ellos, de modo que produzca un resultado distinto al de la unificación casacional y de la doctrina no uniforme de las Audiencias. A mayor abundamiento y como ya se ha anunciado, habida cuenta de la independencia judicial.

IV. *De lege ferenda* el precepto puesto en tela de juicio ha de servir a los intereses del testador y ha de atender, al tiempo, a los de los herederos o legatarios. Y ha de hacerlo con un criterio uniforme y sin fisuras. Bien puede apartarse de lo que se ha convenido sostener por parte de la mejor doctrina, como sus precedentes fundados en las Partidas, o bien podría servir apartándose de ellos, a los conflictos sociales contemporáneos. Deberíamos construir un Derecho sucesorio unificado, sea mediado el Derecho sucesorio de la UE, sea el de procedencia germánica o de nuestra tradicional familia romano-francesa. Sin embargo, y apelamos al mencionado Derecho institucional o estructural, lo cierto es que es más coetáneo el Derecho foral, que el del Código civil común. Cuando menos, por incontestable en esta controversia, cuanto en tantas otras instituciones, el Derecho civil foral no solo se ha conservado, modificado y desarrollado según el dictado constitucional. Lo cierto es que resulta más avanzado que el común, en esta y en otras tantas instituciones, de las que debemos hacer gracia en esta exposición.

V. La causa y el derecho patrimonial. A nadie cabe duda, la pluralidad de interrogantes e incluso misterios y neblinas que envuelven a la causa. Patrimonial es la causa tanto en el Derecho contractual, como por dudosa extensión a las relaciones obligatorias. Titubeante resulta que para evitar sus conflictos interpretativos sea eliminada y disipado cualquier rastro sobre su materialidad. Es escasamente edificante que los estudiosos, ante los grandes retos, se sometan, nos sometamos, al más simple de los recursos: su supresión. De lo que no cabe duda es que ha de unificarse su sentido expansivo al del Derecho patrimonial en general.

BIBLIOGRAFÍA

- CAÑIZARES LASO, A. (2001). Disposición testamentaria a favor del cónyuge y divorcio posterior, en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, Málaga.
- (2016). Comentario al artículo 675, *Código civil Comentado*, volumen II, Civitas, BIB 2011\1756.
- CARRASCO PERERA (1995). Garantías a primer requerimiento, en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*.
- CASAS VALLÉS, R. (1993). Las disposiciones testamentarias a favor del cónyuge y las vicisitudes del matrimonio, *ADC*.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ (1983). *CCJC*, 2.
- CORDERO LOBATO, E. (2009). Comentario al artículo 767, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, BIB 2009\1705.
- DEMOGUE (1923-1933). *Traité des obligations en général*, Paris.
- DÍEZ-PICAZO (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II*, Civitas, Madrid.

- GORDILLO CAÑAS, A. (1991). Comentario al 767, *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid.
- (2004). Tomo X, Vol. 1.º: artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231875 <http://vlex.com/vid/articulo-parrafo-primer-231875>
- GÓMEZ CALLE, E. (2007). *El error del testador y el cambio sobrevenido de las circunstancias existentes al otorgamiento del testamento*, Civitas, Madrid.
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (1981). *Elementos de Derecho Civil*, V, Barcelona, Bosch.
- LALAGUNA (1998). Sobre la causa en los contratos, *La Ley*, 4, 1.116.
- (2003). *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 3.ª ed.
- LASARTE ÁLVAREZ (2018). *Principios de Derecho civil, 1*, Marcial Pons, 521.
- MORENO QUESADA, B. (2004). Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231876.
- ROCA SASTRE (1940). Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515.

RESOLUCIONES CITADAS

- STC 9/2010, de 27 de abril de 2010

- STS, de 26 de septiembre de 2018
- STS, de 28 septiembre de 2018
- STS, de 26 de febrero de 2003
- STS, de 19 de mayo de 1992

- SAP de Madrid, de 9 de marzo de 2017
- SAP Ciudad Real, de 9 de diciembre de 2013
- SAP Ourense, de 20 de enero de 2002
- SAP Toledo, de 11 de julio de 2000
- SAP Málaga de 13 de diciembre de 1999

- RDGRN, de 27 de febrero de 2019
- RDGRN, de 26 de noviembre de 1998

NOTAS

¹ Vid., GORDILLO CAÑAS, Antonio, Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231875 <http://vlex.com/vid/articulo-parrafo-primer-231875>; MORENO QUESADA, Bernardo, (2004), Tomo X, Vol. 1.º: Artículos 744 a 773 del Código civil, *Comentarios al Código civil*, Manuel Albaladejo García, Id. vLex: VLEX-231876.

² Vid., SAP Ciudad Real, de 9 diciembre de 2013, ya que se hace eco de dichos precedentes para no invalidar el legado por la expresión de la causa: «hemos de precisar que, ya nuestros precedentes históricos del precitado artículo 767 del Código civil, como la Partida VI del Libro IX, ley 19; se reconocía la validez del legado hecho en consideración de una deuda, aun cuando quede acreditado que la mencionada deuda no existe o no responde a la cantidad declarada en el legado (supuesto que, en todo caso, nos ocupa). Por ello aunque se anudara, como pretende establecer la parte, dicha disposición como parte del contenido típico del testamento y fundamento de lo que textualmente se afirma se produjo, a consecuencia de dicha causa, la mejora a su hermano; la expresión de dicha causa, pues, no invalida la institución de heredero del hermano y ello sin perjuicio, se reitera, del necesario respeto de los derechos de la legitimaria».

³ «No estaríamos en condiciones de abordar con un mínimo de seguridad la exégesis y comentario del primer párrafo del artículo 767 si con anterioridad no despejamos, desde consideraciones sistemáticas básicas, el problema previo de su significado general. La cuestión que, en definitiva, aquí se nos plantea no es otra que la del significado del error en el negocio o acto de última voluntad», *Ibidem* y en el *Comentario del Código civil*, en sus Observaciones introductorias ya vaticina las dificultades que suscita el origen y ámbito del precepto.

⁴ (1940), Crítica institucional del Código civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515.

⁵ En este sentido, el caso de la inversión de la regla de la mancomunidad y su sustitución jurisprudencial por la de la presunción de solidaridad, más que como interpretación correctora como corrección del Código (LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos II, I, cit.*, 30). El argumento de cómo las tesis jurisprudenciales llegan a modificar una norma, es perfectamente extrapolable a la denominada jurisprudencialmente a la materia concitada. Vid., sentencia del Tribunal Supremo del 28 de enero de 1994, que se autodenomina correctora; el comentario crítico vertido por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, ante el tenor de la sentencia de 7 de abril de 1983, donde el juzgador más que corregir, «infringe» el tenor literal del Código [(1983), *CCJC*, 2, 533]. «La cuestión es que fijada tempranamente una determinada línea jurisprudencial se reprodujo tal doctrina ya que *v.gr.*, el Tribunal Supremo en su sentencia del 22 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6583), su fundamento jurídico tercero dice “ha de aplicarse el principio general de derecho sancionado ya entonces por sentencia de 30 de noviembre de 1935 (*RJ* 1935, 2197), según el cual, cuando la jurisprudencia ha fijado una determinada interpretación legal, debe esta ser mantenida, en aras de la certidumbre y seguridad de las relaciones jurídicas, en tanto no se demuestre, por modo indubitable, la antinomia de ella con el verdadero contenido de la ley”».

⁶ Visto lo anterior, se revela como uno de los episodios en que según «observara DEMOGUE, la permanencia del derecho formal disimulaba muchas veces la evolución del Derecho vivo», acerca del tópico ya arrumbado de la historicidad, permanencia e inmutabilidad del Derecho de obligaciones [DEMOGUE (1923-1933), *Traité des obligations en général*, Paris, 8. *Apud.*, LACRUZ BERDEJO-SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, 8].

⁷ Vid., (2018), *Principios de Derecho civil, I*, Marcial Pons, 521. Por su parte, el artículo 1.261.3 declara: «Causa de la obligación que se establezca». Al tiempo se añade que no es tanto que las obligaciones carezcan de causa, como que están exentas de su control legal. Vid., también LALAGUNA, (1998), «Sobre la causa en los contratos», *La Ley*, 4, 1.116. Empleamos la edición (2003), *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 3.ª ed.

⁸ (1986), *Elementos de Derecho civil, II, I, cit.*, 6. Afirmación que por cierto no se recogía en las ediciones anteriores.

⁹ Esta expresión, es de BADOSA según recoge CASANOVA. En este sentido, DÍEZ-PICAZO, destacaba que además de las categorías causales previstas en el artículo 1274 del Código

civil, también cabe admitir otra adicional no recogida expresamente. Es la *causa cavendi o intercedendi* concurrente en la fianza, toda vez que el fiador asume una responsabilidad patrimonial propia en atención a una responsabilidad contractual ajena (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II*, Civitas, Madrid, 428. Por extensión este argumento cabría aplicarlo en general a los contratos típicos y atípicos de garantía fundados en la categoría intercesora romana. CARRASCO PERERA, (1995), al definir ese tipo de garantía personal, «aquel contrato de garantía personal por la que un tercero INTERCEDE ante el acreedor» («Garantías a primer requerimiento», en *Derechos personales de garantía: Aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, Madrid, 108).

¹⁰ *Vid.*, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, cit.*, 146.

¹¹ *Vid.*, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, I, cit.*, 232 y sigs.

¹² CAÑIZARES LASO, Ana (2016), Comentario al artículo 675, *Código civil comentado*, volumen II, Civitas, BIB 2011\1756.

¹³ *Vid.*, también la STS, de 19 de mayo de 1992, siendo ponente MORALES MORALES, sobre la controversia del legado a un tercero de cosa propia del heredero o de un legatario «que establece y regula el citado precepto, aunque especie del legado de cosa ajena, a que se refieren los artículos 861 y 862, no requiere, a diferencia de este, que el testador sepa que la cosa legada pertenecía al heredero o legatario gravado con el legado, sino que es eficaz aunque no sepa de quién es la cosa o aunque la crea suya, salvo que habiéndolo ordenado por crearla propia, sea en realidad del gravado y del testamento resulte que no lo habría hecho de haber tenido conocimiento de ese extremo (art. 767 CC), aparte de que, aun cuando para dicha especie de legado fuera también exigible el requisito del conocimiento de la ajenidad, que no lo es, en el caso que nos ocupa se daría también la concurrencia del mismo, como acertadamente dice la sentencia recurrida, pues aparece probado que los padres testadores sabían que la nuda propiedad de la heredad litigiosa».

¹⁴ *A posteriori*, reitera el argumento la SAP Ourense, de 20 de enero de 2002 El error no figura comprendido entre las causas de nulidad testamentaria que se describen en el artículo 673 del Código civil, sin embargo en el supuesto del error provocado intencionadamente por un tercero a los efectos de desviar la voluntad del testador tienen transcendencia invalidante ya por vía del artículo 767 conforme al cual la expresión de una causa falsa será considerada como no escrita ya dentro del ámbito del dolo (art. 673 CC). Es dogma fundamental del derecho sucesorio la primacía de la voluntad del testador, como titular exclusivo que es de la facultad de disponer libremente de sus bienes con la única limitación de respetar los derechos legítimos.

¹⁵ Para CORDERO LOBATO, «sobre institución de heredero del cónyuge, y de ruptura posterior del vínculo matrimonial, cinco años antes de la muerte del testador. La DGRN consideró válida la institución por no haber constancia de que el testador no la hubiera hecho de haber sabido que el vínculo conyugal con la instituida no subsistiría. El hecho de que con la designación “nominatim” de la esposa mencionase también esta condición, no significa que tal circunstancia constituya una causa o razón de la institución. Es el error en el segundo caso, esto es, en el motivo de la institución, el que, en buena lógica, habría de dar lugar a la ineficacia de la disposición, salvo que se probara que esta no fue hecha en consideración a la circunstancia señalada por el testador» [CORDERO LOBATO, Encarna (2009), Comentario al artículo 767, *Comentarios al Código civil*, Aranzadi, BIB 2009\1705. La RDGRN de 26 de noviembre de 1998].

1.5. Obligaciones y contratos

Los intereses de demora en la jurisprudencia
y en la Ley 5/2019 de contratos de crédito
inmobiliario

*The delay interests in the jurisprudence and in
the Act 5/2019 of real estate credit contracts*

por

PROF. DRA. BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Agregada de Derecho civil
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: El 28 de noviembre de 2018 el Tribunal Supremo dictó una sentencia de Pleno en la que confirmaba una consolidada doctrina en relación con los intereses de demora, avalada recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 7 de agosto de 2018. En este trabajo se analizará esa jurisprudencia y doctrina del Tribunal Supremo establecida en relación a esta modalidad de intereses y, asimismo, se examinarán críticamente las previsiones que al respecto se contienen en la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que no atiende a ese criterio jurisprudencial.

ABSTRACT: *On November 28th, 2018, the Supreme Court issued a Plenary ruling confirming a consolidated doctrine in relation to interest for late payment, recently endorsed by the Court of Justice of the European Union in its ruling of August 7, 2018. This paper will analyze the jurisprudence and doctrine of the Supreme Court established in relation to this type of interest, and will also examine critically the provisions contained in the Act 5/2019, of March 15th, regulating real estate credit agreements, that does not comply with this jurisprudential criterion.*

PALABRAS CLAVE: Contratos de crédito inmobiliario. Intereses de demora. Intereses remuneratorios. Préstamo hipotecario. Préstamo personal. Ley 5/2019.

KEY WORDS: *Real estate credit contracts. Delay interest. Remunerative interest. Mortgage loan. Personal loan. Act 5/2019.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LOS INTERESES DE DEMORA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. LÍMITE OBJETIVO. 2. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD.—III. LOS INTERESES DE DEMORA EN LA LEY 5/2019 REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO.—IV. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han sucedido las reclamaciones judiciales en torno a cláusulas que se entendía pudieran ser consideradas abusivas: cláusulas suelo, vencimiento anticipado, gastos de los préstamos hipotecarios... y también en relación con los intereses de demora.

La falta de criterio legal específico que permitiera aportar luz, claridad y un elemento objetivo a los jueces y tribunales para poder afirmar cuándo, en el caso concreto, los intereses de demora pactados son abusivos, determinó durante mucho tiempo incertidumbre, resoluciones diversas y mucha inseguridad. Incluso la Defensora del Pueblo en su informe de 2015 advirtió de la necesidad de poner límites a los intereses (tanto los remuneratorios como los moratorios) ante los numerosos casos de demandas y resoluciones dictadas por tribunales sin que estos contasen con un criterio claro al respecto¹.

Pero a partir de, fundamentalmente, el año 2015 el Tribunal Supremo fijó una doctrina más clara en relación con estos intereses y el enjuiciamiento de su abusividad, primero en el caso de los préstamos personales y luego también en los préstamos hipotecarios, atendiendo a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y a los diferentes criterios normativos existentes en nuestro ordenamiento.

Analizaré esa doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo que se ha venido a avalar por el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-94/16 y C-96/16.

Pero también resulta relevante examinar de modo crítico una nueva regulación de estos intereses moratorios contenida en la reciente Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario², que, de modo sorprendente, se aparta de esta doctrina del Tribunal Supremo y de otros criterios normativos a los que se aludirá en este trabajo.

II. LOS INTERESES DE DEMORA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. LÍMITE OBJETIVO

En este análisis cabe partir en primer lugar de la diferente naturaleza y régimen de los intereses remuneratorios u ordinarios y los intereses de demora o moratorios.

En el caso de los intereses remuneratorios, su naturaleza y fin se corresponde con la idea de retribución o contraprestación al prestamista por la puesta a disposición del prestatario de unas determinadas cantidades de dinero; además, para que se devenguen deben ser objeto de pacto y concreción expresas (arts. 1755 CC y 314 CCom) en el momento de la celebración del contrato pudiendo acordarse un tipo de interés fijo, o uno variable atendiendo a algún índice de referencia, o incluso pactar ambas modalidades a aplicar en distintos períodos de tiempo.

Sin embargo, los intereses de demora buscan sancionar o penalizar el incumplimiento o retraso (mora) en el cumplimiento de la obligación y a su vez indemnizar de algún modo al prestamista por los perjuicios que esa mora le cause (*vid.* STS núm. 364/2016, de 3 de junio); por otro lado, surgen automáticamente por el hecho de ese retraso y entonces se aplicará el tipo de interés que las partes hayan acordado al respecto en el propio contrato y, si no hubieran

concretado nada, entonces se aplicará el interés legal del dinero (arts. 1108 CC y 316 CCom). Habitualmente se recoge en el contrato ese interés de demora a aplicar, sin embargo, suele configurarse como una condición general impuesta unilateralmente y no en pocos casos se ha alegado su abusividad; han sido precisamente numerosos los conflictos planteados a este respecto en los últimos años y el Tribunal Supremo ha sentado doctrina sobre ello del modo que a continuación se expondrá.

Respecto al control de abusividad de estas cláusulas de intereses de demora debe tenerse en cuenta que, tal y como se señala en el artículo 85.6 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante, TRLCU), son abusivas «las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Ahora bien, como puede observarse, ese concepto de «desproporcionado» es bastante impreciso y la concreción de qué debe considerarse como «desproporcionadamente alto» es el principal problema que se han encontrado nuestros tribunales en la práctica, especialmente teniendo en cuenta que no contaban con un criterio legal expreso y específico, salvo las previsiones del artículo 114, tercer párrafo, LH introducido 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, en cuanto a que, en los préstamos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre esa vivienda habitual, los intereses de demora no podían ser superiores a tres veces el interés legal del dinero.

Lo cierto es que han sido muchas las resoluciones que recurrieron a este criterio de «tres veces el interés legal del dinero» para controlar la abusividad de estas cláusulas de intereses de demora (entre otras, AAP de Alicante de 15 de julio de 2013, AAP de Córdoba de 21 de enero de 2014 y de 30 de abril de 2014 y AAP de Tarragona de 12 de junio de 2014).

Sin embargo, el TJUE, a partir de su auto de 11 de junio de 2015 (asunto C-602/13, caso *Banco Bilbao Argentaria S.A.*³) y su sentencia de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), advirtió que este criterio del artículo 114, párrafo tercero, LH no podía ser la única referencia para la determinación del límite al interés moratorio convencional en los préstamos. Ciertamente la cláusula que fije unos intereses de demora superiores a «tres veces el interés legal del dinero» se consideraría abusiva, pero la existencia de esta norma no puede ser óbice para declarar también abusivo un interés de demora que, pese a encontrarse dentro de ese límite de tres veces el interés legal del dinero (y respetando, por tanto, el límite legal del art. 114 LH), se considere que su imposición es desproporcionadamente alta para el prestatario incumplidor de su obligación (*vid.* art. 85.6 TRLCU)⁴.

Atendiendo a esta advertencia, y asimismo, teniendo en cuenta también la doctrina de la STJUE de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, caso *Mohamed Aziz*), las SSTs núm. 265/2015, de 22 de abril, y núm. 705/2015, de 23 de diciembre, concretaron como doctrina de cara a la calificación como desproporcionadamente altos de unos intereses de demora estipulados en una cláusula contractual que: a) por un lado, debe atenderse a todos los posibles criterios de comparación de los intereses moratorios pactados con respecto a las normas aplicables en defecto de pacto; b) pero cabe también atender y valorar si el profesional podía razonablemente estimar que el consumidor hubiera aceptado esa cláusula en una negociación individual. A este respecto, concretamente, en la referida STS de 22

de abril de 2015 (referida a un préstamo personal⁵) se analizaron las distintas normas que podían tenerse en cuenta, además del ya indicado artículo 114, tercer párrafo, LH, y que, según el Tribunal Supremo, «tratan, en mayor o menor medida, el problema de cómo indemnizar proporcionalmente al acreedor por el retraso en el cumplimiento del deudor, incentivando asimismo el cumplimiento en plazo, sin establecer un interés desproporcionado»:

- a) En primer lugar, el artículo 1108 del Código civil, que advierte que en defecto de pacto, los intereses de demora consistirán en el interés legal del dinero.
- b) Asimismo, considera el Tribunal Supremo que cabría atender a las previsiones del artículo 20.4 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo⁶, que, respecto a créditos que se conceden en forma de descubiertos, impide que se les aplique un tipo de interés que dé lugar a una TAE superior a 2,5 veces el interés legal del dinero.
- c) Por su parte, el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, prevé en su apartado 4.º que la indemnización por mora consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%; si bien, una vez transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%.
- d) Además, cabría tener en cuenta lo previsto en el artículo 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, que prevé como tipo legal de interés de demora aplicable en defecto de pacto el resultante de la suma de ocho puntos porcentuales al tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo.
- e) El Tribunal Supremo también tomó en consideración el artículo 576 LEC, que respecto a los intereses de demora en el caso de cumplimiento de condenas de naturaleza dineraria los concreta en el «interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos», salvo que se prevea otro tipo por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

Pero junto con estas normas, nuestro Alto Tribunal atendió también a máximas de experiencia en relación con préstamos sin garantía real celebrados por negociación, y advirtió que en estos casos el interés de demora se establece por la adición de un pequeño porcentaje adicional sobre el interés remuneratorio pactado.

A la vista de estas normas y criterios aplicables en distintos ámbitos cada uno, el Tribunal Supremo en su sentencia de 22 de abril de 2015 concluyó que el interés remuneratorio pactado más dos puntos porcentuales es el criterio más idóneo para determinar el máximo al que pudiera llegar el interés de demora fijado en los préstamos personales con consumidores; entiende que «la adición de un recargo superior a esos dos puntos porcentuales supondría un alejamiento injustificado de la mayoría de los índices o porcentajes de interés de demora que resultan de la aplicación de las normas nacionales a que se ha hecho referencia». En consecuencia, serían abusivos los intereses de demora que se señalen en un contrato si superan esos dos puntos porcentuales respecto a los intereses remuneratorios pactados. Por otro lado, también cabe resaltar cómo el Tribunal Supremo, a través de esta doctrina vino a considerar los intereses de demora como una adición o recargo respecto de los remuneratorios y, con ello, vino a

advertir que no pueden admitirse unos intereses remuneratorios superiores a los moratorios; por ello, al limitar los intereses de demora, indirectamente también está limitando los intereses remuneratorios u ordinarios.

Pero, como he indicado antes, este criterio acogido en la citada STS núm. 265/2015, de 22 de abril, lo fue para un préstamo personal. Hubo que esperar a la STS núm. 364/2016, de 3 de junio, para que se decidiera acoger ese mismo criterio objetivo de los dos puntos sobre el interés remuneratorio para el caso de los préstamos hipotecarios. Antes de esta sentencia cada juez debía resolver las demandas planteadas sobre esta cuestión como mejor estimase, pero sin contar con un criterio objetivo de referencia. Ya con la citada STS de 3 de junio de 2016 se acoge el mismo límite máximo indicado en la STS de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, con base en que no se entiende justificado acoger criterios distintos, llegando a ser motivo de agravio incluso que a los prestatarios hipotecarios de vivienda habitual se les pudiera aplicar un interés mucho más alto en relación con el interés remuneratorio usual⁷.

2. CONSECUENCIAS DE LA DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD

Junto con la concreción del límite objetivo que puede considerarse como criterio para determinar la abusividad o no de unos intereses de demora, el Tribunal Supremo también sentó doctrina en cuanto a los efectos que debe tener la declaración de nulidad de esa cláusula de intereses moratorios considerada abusiva.

En un principio, y especialmente tras la previsión del párrafo tercero del artículo 114 LH introducido por la ya referida Ley 1/2013, así como por las previsiones de la disposición transitoria segunda de esta Ley⁸, y pese a la clara advertencia del TJUE en sus sentencias de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010, caso *Banesto*) y de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*) en cuanto a que no cabe la modificación ni integración de la cláusula ni del contrato con normas dispositivas (ello con base en la interpretación del TJUE de los arts. 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE), sino que el juez debe limitarse a no aplicar la cláusula⁹ (cuestión que se acogió legalmente en el art. 83 TRLCU, tras su reforma por la Ley 3/2014), nuestros tribunales se debatían entre exigir el recálculo de los intereses atendiendo a ese límite fijado por el artículo 114, tercer párrafo, LH (lo que implica una moderación de la cláusula pactada), o aplicar el artículo 1108 del Código civil como norma dispositiva legal nacional o limitarse efectivamente a no aplicar la cláusula de intereses sin integrar ni moderar de modo alguno la misma (esta fue la postura mayoritaria)¹⁰.

El Tribunal Supremo, a partir de la referida doctrina del TJUE, ha venido determinando desde su sentencia núm. 265/2015, de 22 de abril, que los jueces no podrán integrar el contrato ni aplicar o reducir el interés de demora previsto en el contrato, pues habiéndose declarado nula esa cláusula, el juez debe excluir sin más y totalmente su aplicación, sin atender a ninguna norma supletoria o dispositiva que lleve a cubrir lo hecho de modo abusivo. En consecuencia, el contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno nacional, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. A este respecto cabe tener en cuenta que 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 C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso *Unicaja y Caixabank*). Pero en el caso de los intereses de demora, el TJUE ya advierte de que no cabe integración ninguna, pues no se trata de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato en beneficio del consumidor.

De modo que, atendiendo a esta doctrina del tribunal comunitario europeo ya consolidada¹¹, nuestro Tribunal Supremo en el marco de la concreción de los efectos que debe conllevar la declaración de nulidad de la cláusula de los intereses de demora por considerarlos excesivos, abusivos o desproporcionados en perjuicio del prestatario, ha concluido que, tanto para los préstamos personales (SSTS núm. 265/2015, de 22 de abril, núm. 470/2015, de 7 de septiembre y núm. 469/2015, de 8 de septiembre) como para el caso de préstamos hipotecarios (SSTS núm. 705/2015, de 23 de diciembre, núm. 79/2016, de 18 de febrero y núm. 364/2016, de 3 de junio), hay que suprimir y anular completamente la cláusula abusiva de intereses de demora, eliminando todo efecto vinculante de la misma; ahora bien, considera que, aunque no se aplique el interés moratorio, sí que pueden seguir devengándose y cobrarse por el prestamista los intereses remuneratorios pactados, advirtiendo que eso no supone ningún tipo de moderación o integración del contrato y de la cláusula considerada abusiva, sino que esta es eliminada totalmente.

Precisamente esto último relativo al mantenimiento del devengo de los intereses remuneratorios ha sido objeto de varias críticas y cierta polémica por entender que con ello sí se estaba integrando el contrato y los intereses moratorios pactados, considerando que ante la nulidad de la cláusula de intereses de demora el acreedor ya no tendría derecho a cobrar ningún tipo de interés, ni de demora (por declararse abusivos), ni remuneratorio (porque ya estaban fuera de su ámbito, al existir mora). Según señala DÍAZ FRAILE, «la solución de entender que una vez declarada la nulidad de la cláusula relativa a los intereses de demora el acreedor no puede cobrar tampoco el interés remuneratorio, además de poder ir en contra de la propia causa del contrato de préstamo remunerado (retribuir la disponibilidad del capital prestado hasta su restitución), produciría la paradoja de que haría de mejor condición al prestatario incumplidor (no pagaría ningún interés) que al cumplidor (que paga el interés ordinario), generando así un estímulo al impago, lo que resulta difícil de sostener desde el punto de vista de la lógica, de la justicia prestacional del contrato (justo equilibrio de las prestaciones) y del orden público económico (en el sentido de que fomentaría masivamente el impago de los créditos hipotecarios). Además, impedir el cobro de los intereses ordinarios del periodo de mora supone extender los efectos de la Directiva 1993/13/CEE al precio del contrato, lo que está fuera de su ámbito —salvo en los casos de cláusulas aquejadas de falta de transparencia— (art. 4.2)»¹².

Se elevó incluso cuestión prejudicial al TJUE para que determinara si esta postura del Tribunal Supremo contradecía el Derecho comunitario; el TJUE en su sentencia de 7 de agosto de 2018 (asuntos acumulados C-94/16 y C-96/16) avaló ese criterio de nuestro Alto Tribunal, considerando que no vulnera ni la Directiva 93/13/CEE ni la jurisprudencia comunitaria. Y, tras esta STJUE de 7 de agosto de 2018, el Tribunal Supremo confirmó de nuevo su doctrina en relación con los intereses de demora en la STS de Pleno núm. 671/2018, de 28 de noviembre: no cabe integración alguna ni aplicación supletoria de otra norma nacional (como el art. 114, tercer párrafo, LH) cuando la cláusula de intereses de demora se

declare abusiva, por lo que procede la eliminación e inaplicación total de dicha cláusula en ese contrato; ahora bien, eso no impide que se devenguen y sigan cobrando los intereses remuneratorios.

Esta doctrina se ampara sin duda en la ya apuntada diferente naturaleza y finalidad de cada una de estas modalidades de intereses, si bien, tal y como señala DÍAZ FRAILE, deben revisarse estas categorías conceptuales clásicas y dentro de los intereses remuneratorios distinguir «los relativos al período de cumplimiento regular y los relativos al período de mora»¹³. Una distinción conceptual que, como apunta este autor, viene avalada por la propia Directiva 2014/17/UE, que en su artículo 28 distingue entre «recargos al consumidor en caso de un impago» (apartado 2), que no podrán exceder de lo necesario para compensar al prestamista de los costes que le acarree el impago (por lo tanto hace referencia a una finalidad indemnizatoria) y «recargos adicionales al consumidor en caso de impago» (apartado 3) que podrán permitirse por los Estados miembro pero fijando unos límites máximos legales (en este caso, se centran esos recargos más en una finalidad disuasoria del incumplimiento). Pero, como también advierte este autor, en esta Directiva se parte en todo caso «de un concepto de interés de demora como un recargo, es decir, una cantidad adicional en que se incrementa el propio interés ordinario que resulte aplicable»¹⁴.

III. LOS INTERESES DE DEMORA EN LA LEY 5/2019 REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Las previsiones de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en adelante, LCCI) sobre los intereses de demora contenidas en su artículo 25 son criticables tanto en contenido como en forma.

La regulación prevista, aun enmarcándose en el régimen normativo de los contratos de crédito inmobiliario, no se refiere a todos los contratos a los que les resulta aplicable la LCCI (*vid.* arts. 1 y 2 LCCI¹⁵) sino solo a los préstamos o créditos hipotecarios sobre bien inmueble para uso residencial «concluidos» por una persona física. Cabe advertir que ese término «concluido» es muy confuso: ¿qué significa? ¿se usa como sinónimo de «celebrado»? ¿se refiere a contratos que se hayan dado por vencidos ya, en principio anticipadamente como consecuencia de ese retraso en el cumplimiento generador del interés de demora? Realmente el uso de este término no es acertado¹⁶. Pero aún más: debe ser una persona física quien «concluya» el contrato; ¿se refiere al prestamista o al prestatario? Si tenemos en cuenta el artículo 2 LCCI, a los efectos de esta LCCI, prestatario solo puede ser persona física, por lo que si el artículo 25 LCCI se refiere a los prestatarios no tiene sentido hacer esa matización de «persona física», pues es redundante; y si se refiere a prestamistas, el artículo 2 LCCI sí que prevé que puedan ser personas físicas o jurídicas las que concedan el crédito, pero no tiene sentido una regulación de los intereses de demora en un ámbito tan relevante como el que acoge la LCCI excluyendo a contratos en los que los prestamistas sean personas jurídicas, pues son la mayoría de los que se celebran. Así pues, como ya he comentado: redacción muy confusa y criticable.

Centrándonos ya en la concreción del interés de demora en esta nueva norma, las críticas sobre su regulación ya surgieron con respecto al anteproyecto de LCCI por parte del Consejo General del Poder Judicial (en su informe de 5 de mayo de 2017¹⁷) y del Consejo de Estado (en su dictamen de 14 de septiembre de 2017¹⁸): criticaron el exceso cometido respecto de las pautas normativas y

jurisprudenciales ya existentes a las que anteriormente hice referencia, al fijar la cuantía de los intereses de demora en el triple del interés legal del dinero, aunque con errores de redacción pues seguidamente señalaba «incrementado en dos puntos porcentuales», lo que creaba además confusión. El proyecto de LCCI presentado al Congreso en su artículo 23 seguía acogiendo ese criterio del triple del interés legal del dinero, pero ya fruto de la tramitación parlamentaria se llegó a la redacción de la LCCI que en su artículo 25 lo fija en tres puntos porcentuales sobre los intereses remuneratorios.

Lo que, sin duda, resulta muy criticable es que la LCCI haya fijado un interés de modo imperativo y no bajo la forma de un límite máximo. El artículo 25 LCCI señala que el interés de demora «será» el interés remuneratorio más tres puntos porcentuales; no indica que eso será como máximo, dejando cierta libertad contractual para concretarlos por debajo de ese margen; directamente señala cuál será ese interés (como máximo y mínimo: ese será y nada más se puede pactar). Es más: advierte que las reglas contenidas en este artículo 25 LCCI no admiten pacto en contrario. Y no solo eso: fija el interés de demora sin seguir el criterio que señaló el Tribunal Supremo en su STS núm. 364/2016, de 3 de junio, para los préstamos hipotecarios de que se admitirían como máximo unos intereses de demora de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio; por el contrario, el artículo 25 LCCI lo concreta imperativamente en tres puntos porcentuales por encima de los intereses remuneratorios; superior, por tanto, a lo que el Tribunal Supremo ya había sentado como doctrina consolidada tanto para préstamos personales como hipotecarios, tal y como se ha señalado con anterioridad en este trabajo.

Pero es que, además, con el artículo 25 LCCI nuestro legislador no atiende a lo previsto en el artículo 28 de la Directiva 2014/17/UE: en sus apartados 2 y 3 esta norma comunitaria lo que prevé es que se acojan y determinen límites máximos en los posibles recargos adicionales que pudieran imponerse con el fin de disuadir al prestario del incumplimiento; y que, en cuanto a los efectos indemnizatorios de los intereses de demora, estos deberían ajustarse y no excederse de lo necesario para compensar al prestamista por los perjuicios que el impago le ocasione; por facilitar la práctica, aún podría admitirse fijar a este último respecto un máximo como límite para evitar desequilibrio o recargos desproporcionados, pero lo que no puede entenderse es que se concrete ya legalmente el interés exacto a cobrar¹⁹.

En consecuencia, atendiendo a esta previsión del artículo 25 LCCI, dado que se configura como norma imperativa, sin que quepa pacto en contrario, si en el contrato de préstamo hipotecario se fijase un interés de demora distinto al que determina la LCCI en su artículo 25, esa cláusula se considerará como no puesta (aunque sea más favorable al prestatario, incluso si fuera consumidor) y se aplicará el criterio legal: ahora ya no se trata de abusividad o no, ni de posibilidad de integrar o no el contrato; es un supuesto de incumplimiento de norma imperativa y esta deberá aplicarse. Para supuestos distintos a los préstamos hipotecarios a los que se refiere el artículo 25 LCCI, habrá que atender, a falta de criterio legal, al criterio jurisprudencial que se ha analizado anteriormente.

Por otro lado, nuestro legislador ha decidido también modificar el párrafo tercero del artículo 114 LH (disposición final primera de la LCCI) para darle una nueva redacción que ahora coincide literalmente con el artículo 25 LCCI, lo que supone una duplicidad normativa sin sentido. Pero, además, con esta reforma se ha cambiado no solo el tipo de interés de demora aplicable, sino también el objeto del artículo 114, tercer párrafo, LH: si antes se refería a los préstamos hipotecarios concedidos para la adquisición de vivienda habitual gravando la hipoteca

esa vivienda habitual, ahora la finalidad del crédito concedido no es relevante, tratándose simplemente de préstamos hipotecarios sobre bienes inmuebles de uso residencial. Pero, como he indicado, también cambia el tipo de interés en esos casos, de modo imperativo (sin admitir pacto en contrario): si antes se fijaba en como máximo tres veces el interés legal del dinero, ahora es directamente tres puntos sobre el interés remuneratorio (no como límite máximo).

Por último, cabe indicar también que, tanto el artículo 25 LCCI como ese artículo 114, tercer párrafo, LH modificado, determinan que el interés de demora solo podrá devengarse sobre el principal vencido y pendiente de pago y no podrán ser capitalizados esos intereses de demora en ningún caso, salvo en el supuesto previsto en el artículo 579.2.a) LEC²⁰.

IV. CONCLUSIONES

I. Para los préstamos personales y los préstamos hipotecarios el Tribunal Supremo ha venido manteniendo el criterio de que se considerarán abusivos los intereses de demora que excedan de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado.

II. Asimismo, para esos préstamos (personales e hipotecarios) nuestro Alto Tribunal ha advertido que si se declarase nula por abusiva la cláusula de intereses de demora, esta no producirá ningún efecto vinculante y será eliminada por completo del contrato, sin posibilidad de integración ni moderación por el juzgador; pero, no obstante, aunque no se aplique el interés moratorio, sí que pueden seguir devengándose y cobrarse por el prestamista los intereses remuneratorios pactados.

III. La Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario no acoge este criterio y doctrina jurisprudencial. En su artículo 25 prevé que para los contratos de préstamo hipotecario sobre bienes inmuebles de uso residencial el interés de demora será el interés remuneratorio pactado más tres puntos porcentuales: un criterio fijo e imperativo que, injustificadamente, sin siquiera fundamento en la obligada transposición de la Directiva 2014/17/UE, se aparta de la doctrina jurisprudencial previa existente e incluso de lo previsto en el artículo 28 de esa citada Directiva.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, *caso Banesto*.
- STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, *caso Mohamed Aziz*.
- STJUE de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, *caso Asbeek Brusse y de Man Garabito*.
- STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, *caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*.
- STJUE de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, *caso Unicaja y Caixabank*.
- ATJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, *caso Banco Bilbao Argeritaria S.A.*
- STJUE de 7 de agosto de 2018, asuntos acumulados C-94/16 y C-96/16.
- STS núm. 265/2015, de 22 de abril.

- STS núm. 470/2015, de 7 de septiembre.
- STS núm. 469/2015, de 8 de septiembre.
- STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre.
- STS núm. 79/2016, de 18 de febrero.
- STS núm. 364/2016, de 3 de junio.
- STS núm. 671/2018, de 28 de noviembre.

- AAP de Alicante de 15 de julio de 2013.
- SAP de Barcelona de 7 de enero de 2014.
- AAP de Córdoba de 21 de enero de 2014.
- SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 2014.
- AAP de Córdoba de 30 de abril de 2014.
- AAP de Barcelona de 21 de mayo de 2014.
- AAP de Tarragona de 12 de junio de 2014.
- SAP de Alicante de 28 de mayo de 2014.
- AAP de Álava de 24 de septiembre de 2014.
- AAP de Barcelona de 15 de octubre de 2014.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, C., Comentario crítico de la STS de 22 de abril de 2015, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-tribunal-supremo-declara-nulos-los-intereses-de-demora-del-218-y-los-sustituye-por-los-remuneratorios/> (última consulta: 6 de marzo de 2019).
- DÍAZ FRAILE, J.M., Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 23 de diciembre de 2015, en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 7, 2015 (https://www.boe.es/publicaciones/comentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil/articulo.php?id=COM-D-2015-1), 317-345.
- Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, abril-junio, 2018, 293-320 (disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/348/270>).
- DÍEZ GARCÍA, H., Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del artículo 114.III LH y de la disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo), en Díaz Alabart, S. (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015, 299-344.
- MÚRTULA LAFUENTE, V., Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios, en AAVV, *Vivienda e Hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018, 449-548.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., *Los contratos de crédito inmobiliario tras la Ley 5/2019, de 15 de marzo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

NOTAS

¹ Este informe puede consultarse en <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2015/> (última consulta: 5 de marzo de 2019). La referencia a esa advertencia se contiene en el apartado «12. Actividad económica» del informe.

² 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.

³ Conforme advierte el auto del TJUE de 11 de junio de 2015, asunto C-602/13, caso *Banco Bilbao Argentaria S.A.*, en su apartado 46: «De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales: —no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y —no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».

⁴ A este respecto, *vid.* DÍEZ GARCÍA, H., Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios: interpretación del artículo 114.III LH y de la disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 tras la STJUE de 21 de enero de 2015 (entre lo ilegal y lo abusivo), en Díaz Alabart, S. (dir.), *La protección del consumidor en los créditos hipotecarios (Directiva 2014/17/UE)*, Reus, Madrid, 2015, 305 y sigs.

⁵ Esta STS núm. 265/2015, de 22 de abril, está referida a un préstamo personal, aunque posteriormente la doctrina principal de esta resolución fue reiterada para los préstamos hipotecarios en la STS núm. 705/2015, de 23 de diciembre, aunque sin fijar un límite objetivo claro en los intereses de demora, y en la STS núm. 364/2016, de 3 de junio, que ya sí que concretó que debía aplicarse el mismo límite objetivo señalado en la STS de 22 de abril de 2015 para los préstamos personales, de dos puntos sobre el interés remuneratorio.

⁶ Mismo criterio que ya se preveía en el artículo 19.4 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (derogada por la Ley 16/2011) y que fue utilizado en muchas ocasiones por los Juzgados y Audiencias Provinciales como criterio orientador para determinar la abusividad de los intereses de demora.

⁷ *Vid.* DÍAZ FRAILE, J.M., Intereses de demora en los préstamos hipotecarios. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y su compatibilidad con el Derecho comunitario, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 2, abril-junio, 2018, 303 y 304 (disponible en: <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/348/270>).

⁸ La disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013, rubricada bajo el título de «Intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual», señala: «La limitación de los intereses de demora de hipotecas constituidas sobre vivienda habitual prevista en el artículo 3 apartado Dos será de aplicación a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. Asimismo, dicha limitación será de aplicación a los intereses de demora previstos en los préstamos con garantía de hipoteca sobre vivienda habitual, constituidos antes de la entrada en vigor de la Ley, que se devenguen con posterioridad a la misma, así como a los que habiéndose devengado en dicha fecha no hubieran sido satisfechos. En los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos a la entrada en vigor de esta Ley, y en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial, el secretario judicial o el notario dará al ejecutante un plazo de 10 días para que recalculase aquella cantidad conforme a lo dispuesto en el apartado anterior».

⁹ Advierte el TJUE en estas SSTJUE de 14 de junio de 2012 (asunto C-618/2010, caso *Banesto*) y de 30 de mayo de 2013 (asunto C-488/11, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*), además de en la posterior de 21 de enero de 2015 (asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13), que, si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, podría poner en peligro la consecución del objetivo

a largo plazo previsto en esos preceptos, pues contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales.

¹⁰ A este respecto, *vid.* Díez GARCÍA, H., Intereses moratorios en los préstamos hipotecarios..., *op. cit.*, 307 y sigs. y *cf.* la SAP de Barcelona de 7 de enero de 2014, la SAP de Pontevedra de 27 de febrero de 2014, los AAP de Barcelona de 21 de mayo de 2014 y de 15 de octubre de 2014, la SAP de Alicante de 28 de mayo de 2014 y el AAP de Álava de 24 de septiembre de 2014, entre otras resoluciones.

¹¹ *Vid.* DÍAZ FRAILE, J.M., Intereses de demora..., *op. cit.*, 307 y sigs.

¹² DÍAZ FRAILE, J.M., Intereses de demora..., *op. cit.*, 309; *vid.*, asimismo, del mismo autor, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 23 de diciembre de 2015», en Yzquierdo Tolsada, M. (dir.), *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina (Civil y Mercantil)*, núm. 7, 2015, 328. *Cfr.* a este respecto BALLUGERA GÓMEZ, C., Comentario crítico de la STS de 22 de abril de 2015, en <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articulos-doctrina/el-tribunal-supremo-declara-nulos-los-intereses-de-demora-del-218-y-los-sustituye-por-los-remuneratorios/> (última consulta: 6 de marzo de 2019).

¹³ Como señala este autor, esta diferenciación no parece ni ilógica ni irrazonable jurídicamente. *vid.* DÍAZ FRAILE, J.M.⁸, Intereses de demora..., *op. cit.*, 310.

¹⁴ DÍAZ FRAILE, J.M.⁸, Intereses de demora..., *op. cit.*, 310.

¹⁵ El artículo 2.1 LCCI señala que: «Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto: a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica. b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor».

¹⁶ Esta confusión ya se advirtió en enmiendas presentadas al proyecto de LCCI por el grupo parlamentario de Esquerra Republicana en el Congreso (enmienda núm. 171) y en el Senado (enmienda núm. 38), proponiendo, entre otras cuestiones «la supresión de la expresión “concluido”, que induce a error, por cuanto se entiende se refiere a los casos en que la entidad financiera haya ejercitado la facultad de vencimiento anticipado». Al observar esta interpretación sin duda es clara la confusión generada con el uso de ese término “concluido» en el artículo 25 LCCI.

¹⁷ Puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-Reguladora-de-los-Contratos-de-Credito-Inmobiliario> (última consulta: 6 de marzo de 2019).

¹⁸ Puede consultarse en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2017-709> (última consulta: 6 de marzo de 2019).

¹⁹ Al respecto de esa falta de atención de la LCCI a los criterios señalados en el artículo 28 de la Directiva 2014/17/UE, *cf.* MÚRTULA LAFUENTE, V., “Cuestiones actuales sobre los intereses remuneratorios y de demora en los préstamos hipotecarios”, en AAVV, *Vivienda e Hipoteca*, Tecnos, Madrid, 2018, 544-548.

²⁰ Este artículo 579.2.a) LEC, en sede de regulación de la ejecución dineraria en casos de bienes hipotecados, señala lo siguiente: «En el supuesto de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada, si el remate aprobado fuera insuficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, la ejecución, que no se suspenderá, por la cantidad que reste, se ajustará a las siguientes especialidades: a) El ejecutado quedará liberado si su responsabilidad queda cubierta, en el plazo de cinco años desde la fecha del decreto de aprobación del remate o adjudicación, por el 65 por cien de la cantidad total que entonces quedara pendiente, incrementada exclusivamente en el interés legal del dinero hasta el momento del pago. Quedará liberado en los mismos términos si, no pudiendo satisfacer el 65 por cien dentro del plazo de cinco años, satisficiera el 80 por cien dentro de los diez años. De no concurrir las anteriores circunstancias, podrá el acreedor reclamar la totalidad de lo que se le deba según las estipulaciones contractuales y normas que resulten de aplicación».

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad civil y consecuencias derivadas del incumplimiento del deber de fidelidad: una cuestión de género

Civil liability and consequences for breaching the duty of fidelity: a gender issue

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid*

RESUMEN: La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2018 establece que el incumplimiento del deber de fidelidad no genera una indemnización por daño moral, incluso en el supuesto de ocultación de la paternidad biológica de un hijo nacido como matrimonial.

Este artículo analiza, en primer lugar, la evolución de las consecuencias jurídicas del deber de fidelidad desde el derecho romano a la actualidad, que pone de relieve la desigualdad de trato sufrida por la mujer. A continuación, se examina la regulación legal y se realiza un exhaustivo análisis de las resoluciones dictadas en este ámbito, que, tal y como señala el Tribunal Supremo, constituye una de las cuestiones más complejas y de mayor actualidad en la doctrina científica y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, con posiciones contrarias. El trabajo concluye con el análisis del criterio de dicha sentencia, que supone un paso hacia la no discriminación de la mujer en el incumplimiento de los deberes conyugales.

ABSTRACT: *The recent Supreme Court decision of November 13th, 2018, establishes that the breach of the duty of fidelity does not generate compensation for moral damages, even in case of concealment by the wife of the biological paternity of a child born during the marriage.*

This article analyses, in the first place, the evolution of the legal consequences of the duty of fidelity from Roman law to the present, and the unequal treatment suffered by women. Next, legal regulation is examined and an exhaustive analysis of the judgements issued is carried out. As stated by the Supreme Court, it is one of the most complex and topical issues in the scientific doctrine and in the jurisprudence of the Provincial Courts, with opposing positions. This work concludes with the analysis of the criterion of this sentence, which is a step towards the non-discrimination of women in the breach of conjugal duties.

PALABRAS CLAVES: Responsabilidad civil. Daño moral. Deber de fidelidad.

KEY WORDS: Civil liability. Moral damage. Duty of fidelity.

SUMARIO: I. LA EVOLUCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO: I.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: DEL ADULTERIO AL DIVORCIO. I.2. EL DEBER DE FIDELIDAD EN LA REGULACIÓN ACTUAL. I.3. LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD.—II. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD: II.1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN DAÑO MORAL. II.2. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA.—III. EL CRITERIO DE LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018, UN PASO HACIA LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES: III.1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. III.2. DENEGACIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS ABONADOS CON MOTIVO DE LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL. III.3. DESESTIMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA EVOLUCIÓN DEL DEBER DE FIDELIDAD EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

El incumplimiento del deber de fidelidad ha sufrido importantes reformas legales, fruto de las transformaciones sociales y de la voluntad de los poderes públicos de regular la institución del matrimonio. Las consecuencias de cometer adulterio han variado según el periodo histórico, y la ideología y los valores de la época y el lugar. La muerte, el repudio, la infamia, el exilio, la reclusión en conventos, las sanciones económicas, el derecho a contraer nuevo matrimonio, la pena de adulterio o la acción de divorcio han sido utilizados como remedios jurídicos ante esa situación, que afecta a la estabilidad de la institución matrimonial y puede llegar a crear una incertidumbre acerca de la paternidad de los hijos nacidos. Antes de situarnos en el análisis de la reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018 sobre esta materia, resulta preciso repasar la desigualdad de trato sufrida por la mujer y la evolución de las consecuencias jurídicas del deber de fidelidad para comprender mejor esta resolución que, prescindiendo de los juicios de moralidad, podría marcar un significativo avance en este ámbito.

I.1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS: DEL ADULTERIO AL DIVORCIO

La doble moral de exigencia respecto a la infidelidad de hombres y mujeres se ha venido estableciendo conforme a los estándares clásicos. Como veremos a continuación, ya desde el Derecho romano se observan estas marcadas diferencias de género. El adulterio de una esposa siempre era considerado un delito, que podía acarrear la muerte, pero el adulterio de un esposo solo lo era si se cometía con mujeres casadas, sin que se permitiera directamente a la mujer su procesamiento (solo podía actuar su padre, su familia o una tercera persona) y sin que se contemplara como castigo la muerte del marido infiel¹. El divorcio (repudio) fue, de hecho, la solución proporcionada a la esposa para estos casos.

Desde su fundación, Roma se esforzó por proyectar una imagen perfecta del matrimonio y la familia romana, siendo el rol de la mujer el de una *materfamilia*. Romulo promulgó una ley para impedir el adulterio², imponiendo graves consecuencias que podían conllevar la pena de muerte de la esposa infiel, además de la pérdida de la dote, en un juicio ante un consejo de familia. De este modo, si el marido encontraba a su mujer en *flagrante delicto* en su propia casa tenía la facultad de acabar con su vida³. Ahora bien, debía matar tanto a su amante como a su esposa porque si solo mataba a uno de ellos podía ser acusado de asesinato⁴. Sin embargo, la infidelidad del marido no se castigaba ni con la muerte ni económicamente⁵.

A finales de la República romana se produce una decadencia de la autoridad moral y del comportamiento sobrio, como consecuencia de las largas ausencias de los hombres durante las guerras, que ocasionó que las mujeres del periodo clásico abandonaran el recato tradicional, el pudor y la castidad⁶. Como consecuencia, Augusto se propuso restaurar las buenas costumbres de la República, promulgando leyes que preservaran la moralidad y la castidad de la mujer casada, restaurando la imagen ideal de los hogares de la antigua familia romana. La *Lex Iulia de adulteriis coercendiis* fue expresamente aprobada para castigar las relaciones extramatrimoniales, fundamentalmente, de las mujeres⁷. El adulterio se consideró como un crimen, una ofensa pública, que comportaba, además de la tacha de infamia, un castigo económico que suponía la pérdida de la mitad de la dote, de un tercio del patrimonio y el exilio⁸. El esposo no podía matar legalmente a la esposa, debía divorciarse de ella y luego enjuiciarla por adulterio⁹.

La regulación del adulterio en la *Lex Iulia* fue enmendada en el año 9 dC. por la *Lex Papia Poppaea*, pero posteriormente cayó en desuso. Revivió con su reincorporación al *Sententiae de Julius Paulus Prudentissimus* (Paulus) y, más tarde, en el *Corpus iuris civilis*¹⁰. Las llamadas leyes julias sobreviven hasta el siglo VI, en la recopilación de Justiniano en el Digesto. Con Justiniano, la mujer condenada por ese delito debía ser recluida en un monasterio, permitiéndosele al marido su perdón en un plazo de dos años, lo que posibilitaba el regreso al domicilio conyugal, ya que de lo contrario su encierro lo era a perpetuidad¹¹.

También en esta época las normas establecían una desigualdad de trato que favorecían al marido infiel. La mujer no podía acusar a su marido de este delito ante el juez seglar (Código 9,9, 1, que posteriormente recogerá las Partidas) porque se consideraba que esta no sufría daño ni deshonra por el adulterio de su marido. Sin embargo, se consideraba que el marido sí sufría dicha deshonra, susceptible de daño «si quedaba embarazada, pues un extraño vendría a suceder en sus bienes, afectando con ello, además, a los intereses de los hijos legítimos»¹².

El delito de adulterio aparecerá recogido en el Código de las Siete Partidas (Libro 7, Título 17), redactado en la Corona de Castilla durante el reinado de Alfonso X. Las Partidas desarrollaron las consecuencias legales del delito de adulterio, distinguiendo si era sorprendida en flagrante delito o no. En el primer caso, podía dar muerte en ese momento al cónyuge y a su amante, salvo que fuera un hombre al que se debiera reverencia, poniendo en ese caso a ambos en manos de la justicia; en el segundo caso, tras la condena, la mujer era azotada y recluida en un monasterio, y para el cómplice se decretaba la pena de muerte¹³.

En el Fuero Juzgo y el Fuero Real se posibilitaba que el marido ofendido pudiera acabar con la vida de la adúltera y su cómplice, sin que se le pudiera imponer una pena por ello, salvo que matara solo a uno de ellos, ya que a ambos se les debía dar el mismo trato¹⁴. Además, conllevaba la pérdida de sus bienes como respuesta a los daños y perjuicios derivados de su conducta. Tanto en el

Fuero Real como en Partidas se establecía que la mujer podía defenderse de tal acusación, probando que su marido también había cometido adulterio; si bien, esta posibilidad fue derogada por el Ordenamiento de Alcalá, recogiendo en el Ordenamiento de Montalvo y, posteriormente, en la Nueva Recopilación y la Novísima¹⁵.

La pena establecida para la adúltera en el Fuero Real fue reproducida en la Nueva Recopilación (8,20,1) y en la Novísima (12,28,1), aunque con el paso del tiempo los maridos fueron conformándose con la reclusión de su mujer¹⁶. Un auto de Felipe V (Nueva Recopilación 8,8, auto 2) prohibió los duelos y satisfacciones privadas y el Código penal de 1822 acabó con el derecho de matar a los adúlteros, imponiendo como pena la pérdida de los derechos en la sociedad conyugal y la reclusión por el tiempo que considerara el marido, con un máximo de diez años¹⁷.

El Código penal de 1870 recogió la llamada venganza de la sangre como pena por adulterio, que facultaba al cabeza de familia (padres y maridos) a matar a sus hijas y esposas en caso de infidelidad manifiesta, así como a los hombres que yacían con ellas, fuera del matrimonio. Este privilegio, eliminado con el paso del tiempo¹⁸, fue reintroducido por la dictadura de Franco, tras la Guerra Civil, como medida de defensa de la familia, y no fue eliminado del Código penal hasta 1963, es decir, hace tan solo 56 años.

La figura del marido como cabeza de familia y la necesidad de la licencia marital permanecieron en nuestro ordenamiento hasta la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 14/1975, de 2 de mayo. Tras ella, la capacidad de obrar de la mujer no queda restringida por el matrimonio (art. 62) ni se atribuye al marido su representación, a menos que se le confiera voluntariamente (art. 63). De este modo, el deber de obediencia de la esposa hacia el marido se sustituyó por un deber de mutuo respeto, quedando despenalizado el adulterio mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo¹⁹. También se derogó el artículo 84, número 7, del Código civil que afirmaba que no podían contraer matrimonio los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme.

Finalmente, con la introducción del divorcio, mediante la Ley 30/1981, de 7 de julio, amparándose en el artículo 32 de la Constitución, se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil. La infidelidad pasó a constituir una causa de separación, hasta que la Ley 15/2005, de 8 de julio, suprimió el principio de causalidad en la separación y el divorcio. Es decir, tras la referida reforma, al no ser preciso manifestar causa alguna, carece de eficacia la alegación de este incumplimiento en un proceso matrimonial. De este modo, la fidelidad se engloba entre los deberes legales de los cónyuges como criterio moral y social, sin que lleve aparejada consecuencias legales.

I.2. EL DEBER DE FIDELIDAD EN LA REGULACIÓN ACTUAL

Los artículos 67 y 68 de Código civil enumeran una serie de deberes y derechos entre los cónyuges de diversa índole, que determinan la relación patrimonial y personal en el matrimonio: el respeto, la ayuda y el socorro mutuo; la obligación de actuar en interés de la familia; la fidelidad; y la obligación de convivencia. Los cónyuges, por lo tanto, están obligados a guardarse fidelidad.

El ordenamiento proporciona a los cónyuges la facultad de divorcio o de separación como medida ante la desaparición de la *affectio maritalis*. En el primer caso, el divorcio como solución definitiva a la crisis matrimonial con la ruptura del vínculo y, en el segundo caso, el de la separación, con la ruptura

de la convivencia conyugal, pero permaneciendo la unión matrimonial. Esta posibilidad ha sido objeto de diversos cambios, fundamentalmente a través de dos importantes reformas. La llevada a cabo por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial. Y la acontecida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha introducido una nueva redacción de los artículos 82 (que diez años antes la Ley 15/2005 había dejado sin contenido) y 87, permitiendo la separación y el divorcio extrajudicial. De este modo, se permite a los letrados de la Administración de Justicia decretar y a los notarios otorgar mediante escritura pública la separación o el divorcio en supuestos de mutuo acuerdo en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

I.3. LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD

El análisis de la evolución del deber de fidelidad durante el matrimonio y la regulación de las consecuencias de su incumplimiento revelan el interés de los poderes públicos para salvaguardar la institución del matrimonio²⁰. La posición del marido infiel ha sido inmensamente más favorable que la de la esposa desleal, ya que el papel social de estas, en una sociedad dominada por los hombres, ha venido justificando esos dobles estándares. Todo ello a pesar de dos factores: el origen de la infidelidad, que radica en numerosas causas, y que pueden ser imputables a uno, otro o ambos miembros de la pareja (conflictos interpersonales y familiares, crisis matrimoniales, violencia, trastornos psicológicos, etc.); y la elevada cifra de personas que han sido infieles a sus parejas, especialmente en el caso de los hombres (más propensos al reconocimiento). De hecho, la infidelidad masculina ha quedado alejada de la preocupación social, como demuestra el hecho de que las cifras actuales de consumo de prostitución femenina entre hombres (entre un 27,3% a un 39%, según los últimos estudios²¹) no sean objeto de medida alguna o de censura legal: ni existe obligación de reconocer estas infidelidades ni dan derecho a indemnización alguna por el daño moral generado.

De este modo, el estándar de comportamiento moral ha sido distinto para los hombres que para las mujeres. En la actualidad, resulta incuestionable para nuestros tribunales que la infidelidad de un hombre no surte daños patrimoniales ni morales resarcibles por el hecho de la infidelidad en sí, lo que constituiría una clara infracción del artículo 14 de la Constitución y un nuevo modo de criminalización de la mujer si aceptamos que este hecho pueda ser sancionado en el caso de las mujeres. A este respecto, es preciso recordar, por un lado, que el que la infidelidad de la mujer pueda conllevar el nacimiento de un hijo no biológico del marido es un efecto de la propia infidelidad, siendo probable que desconozca la paternidad real; y, por otro lado, que el imponer solo a la mujer un canon de diligencia que le obligue a confesar su infidelidad, además de ser discriminatorio, afecta, en último extremo, al interés del menor y a la propia unidad familiar.

El hecho de que la mujer pueda engendrar una nueva vida es sustancial a su género. Si admitimos, y no nos cuestionamos, la posibilidad de ejercer una acción de responsabilidad civil contra la mujer en caso de infidelidad si queda embarazada, y no admitimos, en ningún caso, que la misma se pueda interponer contra un hombre, implicaría que solo esta debe afrontar el abono de una indemnización por infidelidad (no olvidemos que la fecundación es un efecto de la misma), lo que sin duda resulta más que cuestionable desde una perspectiva

de género. Si fuera así, solo la mujer sería objeto de repulsa y de sanciones económicas con motivo de su infidelidad. Muchas resoluciones de las Audiencias Provinciales han venido castigando a la mujer por negligencia, en unos casos por el propio efecto de la infidelidad, y en otros por vulneración del deber de información o por la falta de realización de pruebas de ADN (que implicaría que la mujer pudiera, y debiera, obligar al posible padre a que accediera a la toma de muestras para realizar la prueba, o al reconocimiento de la infidelidad al marido para que practicara el análisis genético).

También se ha planteado la posibilidad de indemnización por «pérdida de oportunidad» cuando se produce la ocultación de la paternidad en los supuestos de presunción matrimonial del hijo²². Esta postura abriría también una vía a la solicitud de una indemnización por daño moral al resto de los familiares del menor (hermanos, abuelos, tíos o primos) y allegados, tanto del esposo como del padre biológico. Por otro lado, téngase en cuenta que la mera ocultación del incumplimiento del deber de fidelidad también genera una pérdida de oportunidad, por lo que, si se admitiera, debería ser exigible a ambos cónyuges. En este sentido, la mujer que no hubiera conocido de la infidelidad del esposo también ha perdido la oportunidad de privación de determinadas expectativas, ya que se hubiera encontrado en una situación fáctica idónea para acudir al divorcio de conocer este hecho. Una vez más, resurge la cuestión de género y no resulta adecuado acudir a la doctrina de la pérdida de la oportunidad como instrumento para facilitar la estimación de demandas por daños que deben ser indemnizados, aunque existan circunstancias con elementos causales de difícil valoración. No se debe establecer una doble exigencia moral y sancionar jurídicamente solo a la mujer. La falta de diligencia debe aplicarse a la propia infidelidad matrimonial, y no a los efectos de la misma.

La cuestión que se aborda a continuación es si estos supuestos, que pertenecen al ámbito familiar, generan responsabilidad civil. Si analizamos las posiciones doctrinales²³, no existe unanimidad sobre si cabría entablar una acción de responsabilidad por daño moral, es decir, si esos daños deben ser indemnizables. Tampoco las resoluciones judiciales, como analizaremos con detenimiento a continuación, mantienen una respuesta uniforme ni establecen unos criterios claros para determinar su cuantía. No obstante, la reciente sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre de 2018 ha denegado la existencia de responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar y, concretamente, en el caso de ocultación de la paternidad, asegurando que constituye «una de las cuestiones, no solo de mayor complejidad, sino de mayor actualidad del derecho de familia, tanto en el ámbito de la doctrina científica, como en el de las Audiencias Provinciales y en el derecho comparado, con posiciones contrarias sobre la aplicación de la normativa propia de la responsabilidad civil extracontractual a las relaciones de familia, algo que hasta hace no mucho tiempo ha sido ajeno al derecho de daños, posiblemente para preservar estas relaciones y porque no era fácil, como ocurre con los alimentos, encajarla en nuestro sistema».

II. LAS CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD

II.1. LA DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE UN DAÑO MORAL

Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 23 de octubre de 2015, el daño moral consiste en «un menoscabo tanto del ámbito moral en estricto

sentido, como del ámbito psicofísico; identificándose con los sufrimientos, padecimientos o menoscabos que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica». De este modo, es posible obtener una indemnización por los daños morales sufridos en determinados supuestos, como son los casos en los que la persona sufra un dolor físico por las lesiones producidas, cuando se vulneren sus derechos personales (su honor o consideración social) o se sufra la pérdida de la compañía y el afecto de un ser querido. Se trata de un daño de carácter extrapatrimonial, que originariamente (hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, reguladora del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen) era excluido por no ser valorable económicamente. Actualmente, aunque se admite el resarcimiento de este daño, en el ámbito del derecho de familia resulta cuestionable.

Si consideramos que la infidelidad ocasiona un daño moral, el dejar de amar también implicaría dicho daño. Ese dolor, angustia, aflicción física o espiritual o padecimiento es un estado psicológico consecuencia del daño ocasionado por la ruptura. Obviamente, resulta indiscutible el daño provocado a la persona que deja de recibir esa atención y cuidado, pero esa desvinculación emocional implica una circunstancia personal, que escapa del propio control de la persona, por lo que en ningún caso podría constituir un acto ilícito que genere la posibilidad de reclamar una indemnización por el daño sufrido, de conformidad con el artículo 1902 del Código civil.

Tampoco se ha considerado la posibilidad de solicitar una indemnización por responsabilidad contractual ya que, si bien puede pensarse en la fidelidad conyugal como una obligación contractual, con origen en el contrato de matrimonio, constituye simplemente un criterio moral, sin que se pueda «comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar» (STS de 30 de julio de 1999). Del mismo modo, en el caso de contraer matrimonio canónico, la promesa de amar y respetar al cónyuge durante el resto de la vida entraña una intención futurible, que tampoco constituiría una obligación legal o un compromiso contractual derivado de dicha manifestación de voluntad en el ámbito civil.

El fracaso de una relación conyugal, por tanto, no constituye una base legal para exigir su reparación en virtud del daño sufrido. No hay ilícito, ni culpa imputable, por la falta de afecto ni responsabilidad por el fracaso matrimonial. De lo contrario sería exigible la obligación moral de amar a una persona durante toda la vida, por el hecho de contraer matrimonio. Durante el transcurso de la vida de las parejas, las circunstancias cambian a la par que los impulsos afectivos, razón por la que nuestro Código civil posibilita la solicitud de la separación o el divorcio como remedio. Incluso también respalda la posibilidad de obtener una pensión por desequilibrio económico (art. 97). Ahora bien, en ningún caso se establece el derecho a una indemnización derivada del daño moral por dicha solicitud, ni por ningún motivo que la haya podido ocasionar, incluyendo la infidelidad. Cuestión distinta sería que se incurriera en una conducta delictiva por atentar contra la integridad física o psíquica (por ejemplo, en el caso de violencia doméstica), o la salud (como sucedería en el contagio doloso de una enfermedad venérea) del cónyuge²⁴.

Aunque se pueda considerar la infidelidad como una conducta socialmente reprochable, en la actualidad no justifica que la víctima deba ser indemnizada²⁵. De lo contrario, se generaría un colapso en los tribunales, al mismo tiempo

que una prueba diabólica sobre la culpa de los cónyuges en la imputación de su responsabilidad. Además, la dificultad de calcular los daños, el escaso poder disuasorio de la acción de responsabilidad para prevenir vulneraciones de los deberes matrimoniales y el efecto puramente redistributivo de riqueza entre los cónyuges que tendrían estas acciones (que no permite la suscripción de un seguro para tales casos), sin duda, constituyen otros motivos para descartar dicha posibilidad²⁶, que generaría una excesiva patrimonialización del derecho de familia. La máxima de Ulpiano de «neminem laedere» no debería extenderse a la autonomía de la voluntad de las personas en este ámbito familiar; que implicaría no solo dicha patrimonialización, sino una violación del derecho a la privacidad.

II.2. LA DETERMINACIÓN DEL DAÑO MORAL EN LA OCULTACIÓN DE LA PATERNIDAD BIOLÓGICA EN LA JURISPRUDENCIA

Nuestro Tribunal Supremo ha analizado en cuatro ocasiones el incumplimiento del deber de fidelidad en relación a la ocultación de la paternidad biológica, si bien en dos de ellas no llega a entrar en el fondo de la cuestión por considerar prescrita la acción (SSTS de 22 y 30 de julio de 1999, 14 de julio de 2010 y 18 de junio de 2012). Por un lado, la STS de 22 de julio de 1999, que denegaba la responsabilidad por daño moral, al no resultar dolosa la conducta de la esposa, que desconocía la verdadera paternidad biológica del hijo, señalando que los supuestos de aplicación del artículo 1902 del Código civil originan una reparación por el daño causado, que se extiende al doble ámbito patrimonial y moral, pero que no resulta aplicable a este caso «en el que, como ha quedado razonado, no era posible hacer aplicación del meritado precepto, debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la señora». Por otro lado, la STS de 30 de julio de 1999, resuelta tan solo unos días después, prescindía del dolo y manifestaba que «el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal *a quo* haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código civil, en relación en el 1101 del mismo...», pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización.

En las resoluciones de las Audiencias Provinciales se observan distintos pronunciamientos. En algunas se desestima la indemnización por daño moral por los siguientes motivos:

- Se había asumido la paternidad conociendo el hecho previo de la infidelidad. En este sentido, la SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 22 de septiembre de 2016 considera que no hay daño moral porque el padre, conociendo que el hijo no era suyo, siguió viviendo con la madre y permitió la inscripción en el Registro Civil, de modo que voluntariamente asumió la paternidad.

- Se considera que no existió dolo en la ocultación de la paternidad. Así lo recogen diversas resoluciones, entre ellas: la SAP de Sevilla, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2015, que concluye que no existe prueba alguna que permita afirmar que la esposa sabía a ciencia cierta que no era el padre de su hijo y que se lo ocultara intencionadamente; la SAP de León, Sección 2.^a, de 23 de noviembre de 2012, que entiende que «lo verdaderamente determinante para que surja el derecho a una indemnización es el dolo del o de los demandados a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación del menor»; la SAP de A

Coruña, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 2010, en cuanto considera que «no hay base suficiente para hablar de dolo»; la SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 16 de febrero de 2007, que no considera acreditada que la actuación de la demandada fuera dolosa en ocultación de la paternidad, ni que la relación extramatrimonial de la madre hubiese sido duradera; la SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 13 de diciembre de 2006, porque tampoco resulta probada la conducta dolosa en la actuación de los demandados, en cuanto conocedores de la situación e intencionadamente encubridores o disimuladores de la misma en perjuicio del actor; o la SAP de Barcelona, Sección 18, de 22 de julio de 2005, dado «que no puede, ni debe, confundirse la realidad de la situación de infidelidad conyugal, con la del conocimiento de que la hija nacida constante matrimonio no hubiere sido concebida por el hoy actor».

- Se desestima bien por prescripción de la acción de responsabilidad civil o bien por caducidad para ejercitar la impugnación de la filiación, como sucede en los supuestos enjuiciados por la SAP de Pontevedra Sección 6.^a, de 2 de junio de 2017, y la SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 20 de abril de 2018.

Resultan más abundantes las resoluciones que se han pronunciado a favor de la pretensión ejercitada, estimando la responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado al marido. Entre otras, las SSAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 abril de 2018; de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de junio de 2017; de Valencia, Sección 6.^a, de 16 octubre de 2017; de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016; de Sevilla, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2015; de Jaén de 9 de marzo de 2015; de Madrid, Sección 9.^a, de 9 mayo de 2014; de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014; de Asturias, Sección 5.^a, de 18 de mayo de 2012; de León, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2009; de Murcia, Sección 5.^a, de 18 de noviembre de 2009; de Cádiz, Sección 2.^a, de 3 de abril de 2008; de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007; de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007; o de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de septiembre de 2007 y de 2 de noviembre de 2004. E, incluso, en alguna sentencia se condena no solo a la esposa, sino también al padre biológico, por ocultar la paternidad al perjudicado (SAP Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 16 octubre de 2009) o por enriquecimiento injusto (SAP de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007, por mantenerse al margen del cuidado y de los alimentos del menor).

Los motivos de admisión de la responsabilidad civil por daño moral tienen su razón de ser, en unos casos, en que se considera acreditado el dolo y, en otros supuestos, porque se imputa la responsabilidad por culpa derivada de la omisión de la diligencia debida en la averiguación de la paternidad del hijo cuando se han mantenido relaciones sexuales simultáneas con el cónyuge y un tercero. A tal efecto, se determina que si bien la infidelidad conyugal no es indemnizable, «sí lo es la procreación de un hijo extramatrimonial con ocultamiento a su cónyuge» (SSAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014, que recoge lo señalado por las SAPP de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de septiembre de 2007 y de 2 de noviembre de 2004). De esta manera, se considera aplicable el artículo 1902 Código civil por el incumplimiento del deber de información. Entre las sentencias más recientes, se encuentra la SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018, que considera que existe un daño que debe ser indemnizado cuando se descarta la paternidad de unos hijos con los que se ha convivido durante varios años en el seno matrimonial, considerando que «no se trata tanto de que la infidelidad o la ocultación sean sancionables económicamente sino en la medida que determinan la apariencia de un estado que genera unos indudables lazos afectivos con una

prole, con la que se convive durante años y que finalmente se frustra, lo que, sin duda, genera un vacío afectivo y una pérdida palmaria. El daño sufrido no puede ser una mera suposición, pues no hay un vínculo más estrecho que el generado entre padres e hijos. Su derrumbe produce necesariamente una afectación psicológica, un golpe emocional. No se trata tanto de castigar la infidelidad, el incumplimiento de deberes o la ocultación sino de reparar el daño que se ha generado a otra persona, pudiendo haberse evitado. No se sanciona tampoco una determinada actitud procesal en un determinado proceso previo (que allí debió sancionarse o evitarse). Hay, sin duda, desengaño, frustración, y afectación de la imagen y consideración social no ser padre de quienes pública y legalmente lo era. Debe ponerse el énfasis en la indemnización de un daño que indudablemente ha producido la conducta de la demandada».

Algunas sentencias van más allá, perfeccionando el nivel de diligencia exigida a la mujer en estos supuestos de infidelidad, al considerar que existe negligencia de la madre si no se practican pruebas de ADN (exigiendo, por lo tanto, una obligación de hacer que entrañaría, como ya hemos visto, un consentimiento previo del posible padre para que acceda a su realización o la confesión de la infidelidad al marido para que pueda practicarla). En este sentido, se pronuncian las SSAP de Barcelona, Sección 18, de 3 de abril de 2008, que condena a la mujer por la falta negligente en la práctica de pruebas de filiación extramatrimonial; y de 16 de enero de 2007, que establece la existencia de negligencia porque «pudo y debió sospechar que podía ser otro el padre de la menor, al haber mantenido relaciones sexuales con dos personas al tiempo de su concepción y debió adoptar las medidas tendentes a su veraz determinación». En esta misma línea, la SAP de Valencia, Sección 6.ª, de 16 de octubre de 2017 estima que la demandada incurre en conducta negligente «al menos cuando sabiendo que mantiene relaciones sexuales ajenas al matrimonio y queda embarazada, aun cuando no conoce ciertamente quien sea el padre, sí tiene que dudar de la paternidad, una conducta apropiada pasaría por resolver la duda, si la tiene, antes de que simplemente se considere padre al marido por la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116 del Código civil, manteniendo además a este en la creencia de que es el padre». Y, del mismo modo, se pronuncia la SAP de Cantabria, Sección 2.ª, de 3 de marzo de 2016. Posiblemente la resolución más extrema de todas las analizadas sea la de la SAP de Cádiz, Sección 8.ª, de 16 de mayo de 2014, que señala «no es necesaria la concurrencia de una conducta adicional al mero mantenimiento de relaciones simultáneas con ambos hipotéticos progenitores que advere una intención dolosa en orden a atribuir una paternidad irreal al marido, si al resultar embarazada sigue ocultando al marido su infidelidad» y, al mismo tiempo, considera que el deber de infidelidad se trata de un auténtico deber jurídico, ya que la garantía institucional del matrimonio es un derecho fundamental recogido en la propia Constitución, sin que no exista sanción específica en nuestro ordenamiento al incumplimiento del deber de fidelidad, «pero si como consecuencia de la infidelidad resulta un embarazo, la sanción civil viene por el hecho de no manifestarla tras comprobar por métodos científicos cuál fuera la verdadera paternidad». Esa reflexión de la Audiencia resulta tan excesiva respecto al nivel de diligencia exigido, que invitaría a la mujer a plantearse el aborto, en caso de duda de la paternidad tras una infidelidad, para evitar el castigo económico y la pérdida de sus bienes, lo que sin duda nos transportaría a épocas pretéritas en las que la mujer ha sido objeto de las máximas sanciones legales por este hecho, a la par que el establecimiento de una doble moral de exigencia respecto a la infidelidad cometida por un hombre.

Por último, y una vez que estas resoluciones han determinado la existencia de responsabilidad, la cuantificación económica del daño moral para paliar el sufrimiento, por su propia naturaleza, es complicada. De hecho, si analizamos con detenimiento algunas de las sentencias dictadas, los criterios que se tienen en cuenta (principalmente, los años de convivencia con el menor) no coinciden, resultando cifras muy dispares. De este modo, en ocasiones, los daños se valoran en 50.000 euros (SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 2 de noviembre de 2004, al determinarse la no filiación de tres hijos tenidos por propios dentro del matrimonio; o SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 30 de mayo de 2016, por los cuatro años de convivencia con la menor, y las lesiones y secuelas por el trastorno depresivo sufrido); 40.000 euros (SAP Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018); 30.000 euros (SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016 o SAP de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007, que condena también solidariamente al padre biológico); 21.199 euros (SAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014); 15.000 euros (SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007, por la ocultación durante cuatro años); 12.000 euros (SAP de Valencia, Sección 6.^a, de 16 de octubre de 2017, por el impacto emocional, la esterilidad del demandante y la duración de la situación de la filiación mantenida durante más de nueve años); 4.000 euros (SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 9 mayo de 2014, por estar vigente el matrimonio, sin existir separación de hecho entre los cónyuges); o 3.000 euros (SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 18 de mayo de 2012, en un supuesto de pareja de hecho y escaso lapso de tiempo sumido en el error; así como en la SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 19 de marzo de 2018, por la frustración generada, confirmando las dudas que ya se tenían al respecto, ya que antes del nacimiento de la menor hacía más de un año que las partes estaban separadas y no había existido relación alguna entre ellas). Alguna resolución, además, señala que, en estos casos, no es preciso aportar un informe pericial psicológico, «ya que el daño es patente, palmario y fácilmente deducible de la propia experiencia humana y dignidad personal» (SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018).

III. EL CRITERIO DE LA SENTENCIA DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2018, UN PASO HACIA LA NO DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES CONYUGALES

La reciente sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de noviembre de 2018, de la que ha sido Ponente el Excmo. Sr. SEIJAS QUINTANA, ha estimado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de junio de 2017 en la que se planteaba si procedía la responsabilidad civil por daños morales derivados de la infidelidad conyugal y de la ocultación de la paternidad. Durante la vigencia del matrimonio habían nacido tres hijos (en 1992, 1994 y 1997), separándose los cónyuges, en virtud de sentencia en 2001 y, posteriormente, decretándose el divorcio, en 2009. Entre las medidas se estableció una prestación de alimentos en favor de los tres hijos de 700 euros mensuales y el pago por mitad del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. Tras un proceso de filiación, en el que se declaró la no paternidad del segundo de los hijos, nacido en 1994, el marido formuló una demanda frente a quien había sido su mujer, en la que la reclamaba 35.000 euros en concepto de pensiones de alimentos abonados a su hijo, tras las sentencias de separación y divorcio; la mitad de los gastos abonados para la determinación de la paternidad; y 70.000 euros por daños morales.

La Audiencia Provincial de Cádiz, considera indemnizable el daño moral causado porque «se ha producido una ocultación dolosa al marido con el propósito de beneficiarse de las cantidades que tenía obligación de abonar en concepto de alimentos, lo que determina que se deban devolver aquellos que pagó y que se le indemnice en 15.000 euros por los daños morales ocasionados («dada la situación de clara frustración y desasosiego de quien durante mucho tiempo ha tenido relación, contacto y cariño con quien pensaba que era su hijo, para luego enterarse que se trataba de un hijo ajeno», lo que le habría influido hasta el punto de haber estado de baja por daños psicológicos)».

En el recurso de casación, la progenitora del menor argumenta que no ha existido dolo porque tuvo conocimiento de este hecho en el proceso de filiación, a resultas de la prueba biológica realizada, de modo que no habría existido engaño u ocultación, por lo que la infidelidad que dio lugar al nacimiento del hijo no sería como tal indemnizable.

A continuación, se analizan las tres cuestiones planteadas en el recurso.

III.1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

La primera de las alegaciones efectuada por la demandada en el recurso de casación ante el Tribunal Supremo fue la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, conforme a los artículos 1968.2 y 1969 del Código civil, por entender que el plazo debe iniciarse en el momento en que el actor supo que el menor no era su hijo con los resultados del primer estudio genético. Sin embargo, el Tribunal desestima el recurso por entender que «la fijación de *dies a quo*, para computar el plazo prescriptivo de la acción, ha de determinarla el juez de instancia con arreglo a las normas de la sana crítica»; entendiéndolo, en este sentido, que el plazo debe ser computado desde la sentencia por la que cesa la presunción de paternidad y se practica la inscripción en el Registro.

En este sentido, y a propósito de este pronunciamiento, no deben confundirse el plazo de un año de prescripción de la acción de responsabilidad civil con el de caducidad de la acción de impugnación de la filiación. Conviene recordar, a este respecto, que precisamente la filiación matrimonial consiste en la filiación de un hijo nacido de aquellos padres vinculados matrimonialmente, estando por lo tanto casados entre sí (art. 108) y que, constante el mismo, se presume la paternidad del marido (art. 116), es decir, se entiende que el hijo ha sido concebido dentro del matrimonio y, por lo tanto, se presume como tal cuando el nacimiento ha ocurrido «después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges». Esta presunción precisamente se basa en los deberes de convivencia y fidelidad (arts. 68 y 69) y admite prueba en contrario, que podrá llevarse a efecto mediante acciones de investigación e impugnación de la paternidad. De este modo, téngase en cuenta que la paternidad no constituye un hecho cierto tangible, a diferencia de la maternidad (que sí es tangible y susceptible de prueba directa ya que existe un parto), es por ello que la presunción de la paternidad se determina por la fecha de la concepción derivada de las obligaciones inherentes al matrimonio (concretamente, de la fidelidad y la cohabitación)²⁷.

Cuando el marido, pese a conocer el hecho del nacimiento de quien ha sido inscrito como hijo suyo, desconoce su falta de paternidad biológica, el cómputo del plazo de un año para el ejercicio de la acción de impugnación comienza a

contar desde que tuviera tal conocimiento (art. 136. 2.º tras la STC 138/2005, de 26 de mayo, en cuanto que comporta que el plazo no comience hasta que el marido conozca que no es el progenitor biológico²⁸) o bien «desde que pudo saber que su mujer le fue infiel»²⁹. Esta precisión, en la práctica, resulta relevante porque caducaría la acción tras ese lapso temporal si el marido, conociendo de la infidelidad de su mujer no impugna su filiación. En este sentido, por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 22.ª, de 20 de abril de 2018 considera que la acción para ejercitar la impugnación de la filiación no puede dejarse a la libre discrecionalidad del marido y determina que el plazo no surge exclusivamente cuando se obtiene la verdad biológica, ya que en una discusión previa la madre del menor le había manifestado que no era el padre de aquel, «no obstante lo cual deja transcurrir el tiempo marcado por la ley para ejercitar la acción de impugnación de filiación, sin iniciar con la diligencia debida, las correspondientes gestiones para obtener las pruebas necesarias que avalaran su pretensión impugnatoria, y asimismo deja transcurrir desde esa fecha, prácticamente un año sin actividad alguna de carácter procesal, lo que contraviene en conjunto, las exigencias de la seguridad jurídica representada por la estabilidad del estado civil del menor y determina en rigor la estimación de la caducidad de la acción ejercitada». Del mismo modo sucede cuando el progenitor reconoce al menor, con pleno conocimiento de que no era hijo propio, sin error ni coacción alguna, aunque alegue que dicho reconocimiento se llevara a cabo por la insistencia de su mujer para que tuviera los mismos apellidos que su hermano. En dicho caso, la SAP de Pontevedra, Sección 6.ª, de 2 de junio de 2017 estima que desde dicho reconocimiento ha transcurrido un plazo superior al año establecido para la caducidad por el artículo 136 Código civil.

Sin embargo, en esta sentencia, el Tribunal Supremo no resuelve sobre el plazo de caducidad de la acción de impugnación, sino sobre el plazo de prescripción del ejercicio de la acción de responsabilidad civil, sujeta a la prescripción de un año, de conformidad con el artículo 1968.2 del Código civil, cuyo *dies a quo* se entiende que debe situarse en el momento en el que cesa la presunción de paternidad por sentencia y se realiza la inscripción; y no desde el conocimiento de los resultados del estudio genético.

III.2. DENEGACIÓN DE LA DEVOLUCIÓN DE ALIMENTOS ABONADOS CON MOTIVO DE LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

El Tribunal Supremo resuelve también la cuestión de la solicitud de devolución de alimentos abonados para el sustento del hijo, que dejó de serlo a partir de la acción de impugnación de la filiación. Estima la improcedencia de la obligación de restituir los alimentos abonados con motivo de la presunción de la filiación matrimonial. Dicha cuestión anteriormente fue resuelta por la STS de 24 de abril de 2015, en el sentido de negar que procediera su devolución, aunque en ese caso se resolviera con base en el artículo 1895 del Código civil, relativa al cobro de lo indebido y, en esta ocasión, conforme al artículo 1902, como un daño indemnizable por alimentar a ese hijo y no integrar esa cantidad en su patrimonio.

Los argumentos que utiliza el Alto Tribunal en este pronunciamiento son: En primer lugar, el niño se inscribe como matrimonial, conforme a los artículos 113 y 116 del Código civil, por lo que desde ese momento se aplican las normas de protección a la familia personales y patrimoniales, donde se incluye la obliga-

ción de alimentos. En segundo lugar, estos alimentos, integrantes de los deberes propios de la patria potestad, han surtido sus efectos durante la vida del niño, impidiendo que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad biológica con la formal. Además, se apoya para sostener su posición en la antigua sentencia de 18 de abril de 1913, según la cual, los alimentos no tienen efectos retroactivos, «de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida». Al igual que no se devuelven el resto de los efectos de las relaciones de los padres con sus hijos, tampoco se devuelven los alimentos. En consonancia con lo expresado, el padre, además de cumplir con su obligación de alimento, también cumplió con el resto de las obligaciones asociadas a la paternidad (velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos, formarlos, representarlos y administrar sus bienes), por lo que estos pagos se realizaron «como consecuencia de una obligación legalmente impuesta entre quien pagaba y quien se beneficiaba de dicha prestación» ya que, conforme al artículo 112 del Código civil, la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y «es efectiva hasta que se destruye esta realidad biológica mediante sentencia dictada en proceso de impugnación de la filiación matrimonial».

III.3. DESESTIMACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS MORALES DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE FIDELIDAD

En la reciente sentencia de 13 de noviembre de 2018, el Tribunal Supremo aborda el complejo problema de la responsabilidad civil por daños morales en el ámbito familiar y, en concreto, en el supuesto de ocultación de la paternidad, que tilda de cuestión compleja, de actualidad y no pacífica. Como hemos analizado previamente, en los últimos años, las Audiencias Provinciales han resuelto numerosos supuestos relativos a la cuestión de si procede o no una indemnización por daños morales por la ocultación de la paternidad biológica de hijos nacidos durante el matrimonio, sin que haya existido un criterio uniforme al respecto.

Aunque, con anterioridad, el Tribunal Supremo había dictado dos sentencias, ya analizadas y con criterios distintos (SSTS de 22 y de 30 de julio de 1999), en esta ocasión se inclina expresamente por la doctrina expuesta por la sentencia de 30 de julio de 1999 y prescinde de la conducta dolosa en la ocultación de la paternidad del hijo, que recoge la sentencia de 22 de julio de 1999.

Los argumentos esgrimidos para estimar el recurso de casación y descartar la aplicación del artículo 1902 del Código civil son los siguientes:

En primer lugar, no niega que este tipo de conducta pueda causar un daño, sino que ese daño sea indemnizable «mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar».

En segundo término, acota el daño indemnizable derivado del artículo 1902 del Código civil a los supuestos que «no tienen su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, como es el deber de fidelidad del artículo 68 del Código civil, sino en la condición de persona afectada por la acción culposa o negligente de quien lo causa». Además, advierte que este tipo de conductas tienen respuesta en la normativa que regula la separación y el divorcio, como ya puso de relieve la sentencia de 30 de julio de 1999, la cual no contempla la indemnización de un daño moral en caso de infidelidad o de ocultación de la

paternidad. En este sentido, apunta que «se trata de unos deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas, como ocurre con la nulidad matrimonial, a través de una indemnización al cónyuge de buena fe —artículo 98 del Código civil—. Con una regulación, además, tan específica o propia del derecho de familia, que permite obtener, modificar o extinguir derechos como el de la pensión compensatoria del artículo 98 del Código civil, o decidir sobre la custodia de los hijos habidos de la relación matrimonial, al margen de esta suerte de conductas, pues nada se dice sobre las consecuencias que en este ámbito tiene la desatención de los deberes impuestos en el artículo 68 del Código civil».

Y, por último, añade que, aunque no se ha puesto en relación el daño con la infidelidad matrimonial, sino con la ocultación de los efectos de la misma, lo que lleva a esta es ese incumplimiento del deber de fidelidad.

IV. CONCLUSIONES

La reciente sentencia Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2018 supone un paso hacia delante a favor de la no discriminación de la mujer por incumplimiento del deber de fidelidad, lo que implica una ruptura con numerosas sentencias de las Audiencias Provinciales que han venido estimando la existencia de una responsabilidad extracontractual de la madre por el daño moral ocasionado por la procreación de un hijo extramatrimonial, en unos casos, por considerarse probado el dolo por ocultación de la paternidad y, en otros, por culpa derivada de la omisión de pruebas biológicas en la averiguación de la paternidad del hijo.

El daño moral generado a uno de los cónyuges como consecuencia de una infidelidad conyugal no es susceptible de reparación económica, incluso aunque aparezca la ocultación de la paternidad biológica de un hijo nacido como matrimonial. El Tribunal Supremo no niega que este tipo de conductas sea susceptible de causar un daño, sino que sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, a partir de un juicio de moralidad complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar. Las respuestas legales a la infidelidad hay que encontrarlas en la normativa reguladora del matrimonio mediante la separación o el divorcio, la cual no contempla una indemnización del daño moral en los supuestos de incumplimiento de los deberes estrictamente matrimoniales.

También en esta sentencia se reitera la doctrina jurisprudencial que deniega la devolución de alimentos percibidos por un hijo derivado de la inscripción matrimonial de la filiación, ya que la misma constituye una obligación que integra la patria potestad. La aplicación de las normas de protección de la familia personales y patrimoniales, entre las que se encuentra el deber de alimentos, deben cumplirse para alimentar a ese menor, sin que pueda solicitarse su devolución por el hecho de que no coincida la paternidad biológica con la formal. Del mismo modo, tampoco se devuelven los demás efectos asociados a estos derechos y obligaciones propias de las relaciones de los padres con sus hijos.

Esta sentencia nos invita a realizar una reflexión sobre la igualdad entre hombres y mujeres. No debería aplicarse una doble moral y exigencia jurídica respecto a la infidelidad matrimonial cometida por unos y otros. A ambos cónyuges se les deben exigir los mismos deberes jurídicos en el matrimonio y su incumplimiento habría de ser objeto de la misma sanción civil, sin que el efecto que produce la infidelidad en la mujer merezca una mayor reprobación jurídica, ya que ello constituiría una discriminación por cuestión de género.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En J. A. Moreno Martínez (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 79-128.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 97-106.
- CATALÁ RUBIO, S. (coord.), *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.
- COLLANTES DE TERÁN, M.^a J. (1996). El delito de adulterio en el derecho general de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 66, 201-228.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017). El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial. *RCDI*, núm. 760, 921-936.
- EDWARDS, C. (1993). *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental, *RCDI*, núm. 758, 3461-3482.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.^a, 2 de noviembre de 2004. *InDret*, núm. 2 (disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=783&pdf=279_es.pdf).
- FERRER RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *InDret* (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463&orden=0&info=link>).
- JACOBS, A. (2015). Maritus v Mulier: The double picture in adultery laws from Romulus to Augustus. *Fundamina*, vol. 21, núm. 2, 276-288.
- LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales, *InDret*, núm. 4 (disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1424&pdf=783_es.pdf).
- MALDONADO DE LIZALDE, E. (2002). Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del emperador César Augusto. *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, núm. 14, 535-645.
- MONTERROSO CASADO, E. (2018). *Derecho de Familia*, Madrid: CEF.
- MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. *REDUR*, núm. 13, 111-127.
- ORERO REVERT, J.A. (2006). Del matrimonio romano al matrimonio actual. En S. Catalá Rubio (coord.). *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Universidad de Castilla-La Mancha, 49-74.
- PÉREZ GALLEGU, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 141-175 (disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>).
- QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955). El uxoricidio como parricidio privilegiado. *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 8, núm. 3, 495-512.
- ROCA TRÍAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de los cónyuges, padres e hijos en el mundo de las responsabilidad civil. En J.A. Moreno Martínez (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 533-563.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.^a (2011). De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010). *Diario La Ley*, núm. 7582.

RODRÍGUEZ ORTIZ, V. (2007). La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 77, 615-706.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala Civil, de 13 de noviembre de 2018.
- STS, Sala Civil, de 23 de octubre de 2015.
- STS, Sala Civil, de 24 de abril de 2015.
- STS, Sala Civil, de 18 de junio de 2012.
- STS, Sala Civil, de 14 de julio de 2010.
- STS, Sala Civil, de 30 de julio de 1999.
- STS, Sala Civil, de 22 de julio de 1999.

SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES:

- SAP de Ciudad Real, Sección 2.^a, de 23 de abril de 2018.
- SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 20 de abril de 2018.
- SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 19 de marzo de 2018.
- SAP de Valencia, Sección 6.^a, 16 de octubre de 2017.
- SAP de Cádiz, Sección 5.^a, de 13 de junio de 2017.
- SAP de Pontevedra Sección 6.^a, de 2 de junio de 2017.
- SAP de Pontevedra, Sección 6.^a, de 22 de septiembre de 2016.
- SAP de Barcelona, Sección 17.^a, de 30 de mayo de 2016
- SAP de Cantabria, Sección 2.^a, de 3 de marzo de 2016.
- SAP de Sevilla, Sección 6.^a, de 9 de julio de 2015.
- SAP de Jaén de 9 de marzo de 2015.
- SAP de Cádiz, Sección 8.^a, de 16 de mayo de 2014.
- SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 9 de mayo de 2014.
- SAP de León, Sección 2.^a, de 23 de noviembre de 2012.
- SAP de Asturias, Sección 5.^a, de 18 de mayo de 2012.
- SAP de A Coruña, Sección 3.^a, de 8 de noviembre de 2010.
- SAP de Murcia, Sección 5.^a, de 18 de noviembre de 2009.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, Sección 3.^a, de 16 de octubre de 2009.
- SAP de León, Sección 1.^a, de 30 de enero de 2009.
- SAP de Cádiz, Sección 2.^a, de 3 de abril de 2008.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 3 de abril de 2008.
- SAP de León, Sección 1.^a, de 2 de enero de 2007.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 16 de enero de 2007.
- SAP de Burgos, Sección 2.^a, de 16 de febrero de 2007.
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 5 de septiembre de 2007.
- SAP de Pontevedra, Sección 3.^a, de 13 de diciembre de 2006.
- SAP de Barcelona, Sección 18.^a, de 22 de julio de 2005.
- SAP de Valencia, Sección 7.^a, de 2 de noviembre de 2004.

NOTAS

¹ JACOBS, A. (2015). *Maritus v Mulier: The double picture in adultery laws from Romulus to Augustus*. *Fundamina*, vol. 21, núm. 2, 282.

² JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 277 y 278; y RODRÍGUEZ ORTIZ, V. (2007). La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación entre los cónyuges en la historia del Derecho castellano. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 77, 625.

³ EDWARDS, C. (1993). *The Politics of Immorality in Ancient Rome*, Cambridge: Cambridge University Press, 38.

⁴ JACOBS, A. (2015). *op. cit.*, 282. Sin embargo, se le imponía un castigo más indulgente que a otros asesinos, como una condena al exilio o a trabajos forzados, porque su acto de venganza era considerado como «un resultado de gran molestia y sufrimiento», 283.

⁵ En la República temprana, la esposa no tenía derecho a vengarse de su marido, ni llevarlo ante un consejo familiar ni siquiera a divorciarse o a que se le impusiera un castigo o multa. JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 278-283.

⁶ MALDONADO DE LIZALDE, E. (2002). Lex Iulia de Maritandis Ordinibus. Leyes de familia del emperador César Augusto. *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, núm. 14, 539.

⁷ EDWARDS, C. (1993), *op. cit.*, 36.

⁸ ORERO REVERT, J.A. (2006). Del matrimonio romano al matrimonio actual. En S. Catalá Rubio (coord.). *Evolución del derecho de familia en Occidente*. Universidad de Castilla-La Mancha, 65 y 66. La lista de sanciones podía a llegar a incluir las siguientes: la infamia, que comportaba la pérdida de la ciudadanía y la pérdida de dignidad (es decir, la reducción de su estatus al de una prostituta); la pérdida de un tercio de su propiedad (patrimonio separado) y la confiscación de la mitad de su dote; el exilio a una isla que no sea la de su amante; la pérdida del derecho a contraer un matrimonio válido nuevamente; la pérdida de parte de su derecho a heredar; y la incapacidad de declarar en los tribunales [JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 284].

⁹ En el caso de que el marido no persiguiera el delito, podría hacerlo su *paterfamilia* o cualquier miembro mayor de veinticinco años en un plazo de cuatro meses, lo que ocasionaba que la adúltera pudiera salir a la luz. JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 284.

¹⁰ JACOBS, A. (2015), *op. cit.*, 281.

¹¹ ORERO REVERT, J.A. (2006), *op. cit.*, 66.

¹² COLLANTES DE TERÁN, M.^a J. (1996). El delito de adulterio en el derecho general de Castilla. *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 66, 204.

¹³ *Íd.*, *í.d.*, 219.

¹⁴ En el Fuero Real 4,7,3 la adúltera podía ser acusada por cualquier persona, salvo que mediara el perdón de su marido mientras que en las Partidas esta facultad estaba reservada al marido y familiares; y en el caso de perdón debía respetarse la decisión del marido (*í.d. íb.*, 218 y 219).

¹⁵ COLLANTES DE TERÁN, M.^a J. (1996), *op. cit.*, 214.

¹⁶ *Íd.*, *íb.*, 221.

¹⁷ *Íd.*, *íb.*, 222 y 223.

¹⁸ El Código Penal de 1928 redujo esa posibilidad, el Código Penal de 1932 prescindió del parricidio «honoris causa» y el Código Penal de 1939 castigó con pena de destierro al marido que matara a cualquiera de los adúlteros, no así si les provocara lesiones. Véase QUINTANO RIPOLLÉS, A. (1955). El uxoricidio como parricidio privilegiado. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 8, núm. 3, 495 y 496.

¹⁹ Mediante la Ley 22/1978, de 26 de mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento, se suprimió la rúbrica del capítulo VI del título IX del Código Penal y se derogaron los artículos 449 y 452, así como también el último párrafo del artículo 453 del Código Penal. Los citados artículos del Código Penal hacían referencia a la pena de prisión menor (de seis meses y un día a seis años) que correspondían al adulterio; al carácter privado delito, que solo imponía pena por querrela del marido agraviado; y al perdón que podía otorgar el marido agraviado a ambos culpables.

²⁰ CATALÁ RUBIO, S. (2006), *op. cit.*, 328.

²¹ Según la última Encuesta Nacional sobre Salud y Hábitos Sexuales del INE (2003), un 27,3% de los varones encuestados han pagado por sexo alguna vez (*Boletín Informati-*

vo del Instituto Nacional de Estadística, núm. 4, 2004, 4 (en: www.ine.es/revistas/cifra/ine/cifine_sida0704.pdf). Este porcentaje se incrementa al 39%, según el Informe de Naciones Unidas sobre la globalización del crimen (2010), respecto a la industria del sexo y el pago de estos servicios en España.

²² DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017). El daño moral derivado de la ocultación por la esposa de la paternidad del hijo matrimonial. *RCDI*, núm. 760, 928.

²³ Véanse, entre otros, ROCA TRÍAS, E. (2000). La responsabilidad civil en el derecho de familia. Venturas y desventuras de los cónyuges, padres e hijos en el mundo de las responsabilidades civiles. En J. A. Moreno Martínez (coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 533-563; FERRER RIBA, J. (2001). Relaciones familiares y límites del derecho de daños. *Indret* (disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=235463&orden=0&info=link>); LÓPEZ DE LA CRUZ, L. (2010). El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales. *Indret*, núm. 4 (disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=1424&pdf=783_es.pdf); RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.^a (2011). De nuevo sobre la reparación de los daños en el ámbito del matrimonio (A propósito de la STS de 14 de julio de 2010). *Diario La Ley*, núm. 7582; BARCELÓ DOMENECH, J. (2012). El criterio de imputación de la responsabilidad civil en el ámbito familiar. En J. A. Moreno Martínez (coord.), *op. cit.*, 79-128; MURILLAS ESCUDERO, J.M. (2015). La responsabilidad civil extracontractual por daños morales en la relación conyugal. *REDUR*, núm. 13, 111-127; PÉREZ GALLEGO, R. (2015). Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 3, 141-175 (disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>); ESPÍN ALBA, I. (2016). Daño moral por ocultación de la verdadera paternidad y responsabilidad parental. *RCDI*, núm. 758, 3461-3482; BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2015). Ocultación de paternidad y daños morales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 97-106; o DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017), *op. cit.*, 921-936.

²⁴ ROCA TRÍAS (2000), *op. cit.*, 552-553; FERRER RIBA, J. (2001), *op. cit.*, 16.

²⁵ En la misma línea se sitúa la doctrina: «Si la infracción del deber de fidelidad generara la obligación de reparar los daños causados, los costes del matrimonio (y los de las relaciones sexuales extramatrimoniales con persona casada) se encarecerían notablemente. De otro lado, la propuesta no parece viable ni *de lege data* ni *de lege ferenda*: desde el primer punto de vista, el incumplimiento del deber de fidelidad solo da lugar a una causa de separación, y corresponderá a la sentencia de separación establecer los efectos patrimoniales de la crisis; desde el segundo, implicaría reconocer valor económico a un nuevo derecho, el derecho a ser amado en exclusiva; admitiría una indemnización por daños morales en un contrato y, finalmente, acumularía a las consecuencias patrimoniales de la separación, nulidad o divorcio, la indemnización por daños y perjuicios» (FARNÓS AMORÓS, E. (2005). El precio de ocultar la paternidad. Comentario a la SAP Valencia, Sec. 7.^a, 2 de noviembre de 2004. *Indret*, núm. 2, 6, con cita de SALVADOR CODERCH y RUIZ GARCÍA, disponible en: http://www.indret.com/code/getPdf.php?id=783&pdf=279_es.pdf).

²⁶ FERRER RIBA, J. (2001), *op. cit.*, 14.

²⁷ MONTERROSO CASADO, E. (2018). *Derecho de Familia*, Madrid: CEF, 188.

²⁸ La doctrina jurisprudencial viene señalando, tras la STC de 138/2005 (que declara inconstitucional el inicio del plazo), que la determinación del *dies a quo* para el ejercicio de la acción de impugnación de la filiación matrimonial, «se coloca en la existencia de un principio de prueba, conocido por la parte impugnante, porque de otra forma, la presunción de paternidad, inicialmente *iuris tantum*, pasaría a convertirse en *iuris et de iure*, lo que no parece haber querido la ley» (SSTS de 2 de diciembre de 2013 y de 20 de febrero de 2012).

²⁹ DE LA IGLESIA MONJE, M.^a I. (2017), *op. cit.*, 923.

Breve introducción al fenómeno del *crowdfunding* inmobiliario en España¹

Brief introduction to the phenomenon of real estate crowdfunding in Spain

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: El *crowdfunding* inmobiliario es una modalidad de *crowdfunding* de inversión caracterizado porque el proyecto para el que se solicita financiación participativa es un proyecto empresarial inmobiliario de adquisición, construcción o rehabilitación de inmuebles para su arrendamiento y/o posterior venta. Puede ser financiado mediante préstamos o mediante suscripción de acciones o participaciones, en el caso de *crowdfunding* intermediado sujeto a la Ley de Fomento de la Financiación Empresarial. También puede ser financiado mediante contratos de cuentas en participación en el caso de *crowdfunding* directo, en que promotor y plataforma son el mismo sujeto empresarial y la plataforma no tiene la condición de Plataforma de Financiación Participativa del artículo 46 de la citada Ley sino que viene a consistir en la página web (y su programa informático) del promotor inmobiliario. En el *crowdfunding* inmobiliario intermediado, que es el regulado por el legislador, está limitada la autopromoción para evitar conflictos de intereses con los inversores y garantizar la neutralidad de la PFP. El promotor debe asegurar a los inversores la adquisición del inmueble y cabe la prestación de garantías no presentes en otros proyectos como la hipoteca sobre el inmueble adquirido, la anotación preventiva de crédito refaccionario, el seguro de impagos de las rentas arrendaticias o la exigencia de garantías a los arrendatarios más allá de la fianza.

ABSTRACT: Real estate crowdfunding is an investment crowdfunding modality characterized in that the project for which participative financing is requested is a real estate business project for the acquisition, construction or rehabilitation of properties for leasing and / or subsequent sale. It can be financed by means of loans or by subscription of shares or participations, in the case of intermediated crowdfunding subject to the Law of Promotion of Business Financing. It can also be financed through contracts of accounts in participation in the case of direct crowdfunding, in which promoter and platform are the same business entity, and the platform does not have the status of participatory financing platform of artículo 46 of the aforementioned Law, but it comes to consist of the web page (and its computer program) of the real estate developer. In intermediated real estate crowdfunding, which is regulated by the legislator, self-promotion is limited to avoid conflicts of interest with investors and to guarantee the neutrality of the

PFP. The developer must assure the investors the acquisition of the property, and the provision of legal guarantees not present in other projects is possible, such as the mortgage on the acquired property, or the preventive annotation of refractionary credit, the insurance of defaults of the rent rents or the requirement of guarantees to tenants beyond bail.

PALABRAS CLAVE: Crowdfunding inmobiliario, Financiación participativa.

KEY WORDS: Real estate crowdfunding, Participative financing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PROYECTO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DEL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO.—III. MODALIDADES DEL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO: 1. EN FUNCIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO QUE SE EMPLEA PARA CAPTAR LA FINANCIACIÓN. 2. EN FUNCIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE INTERMEDIARIO ENTRE PROMOTORES E INVERSORES (O SEA, DEL PAPEL QUE DESEMPEÑA EL TITULAR DE LA PLATAFORMA): 2.1. *Crowdfunding inmobiliario directo mediante contratos de cuentas en participación.* 2.2. *Crowdfunding inmobiliario directo mediante la emisión de participaciones sociales.*—IV. OTROS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL *CROWDFUNDING* INMOBILIARIO INTERMEDIADO: 1. LOS LÍMITES A LA INVERSIÓN Y A LA CUANTÍA DE FINANCIACIÓN QUE PUEDE RECARAR EL PROYECTO INMOBILIARIO ANTE LOS RIESGOS QUE GENERA. OTROS MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA EL INVERSOR. 2. EXISTENCIA DE VÍNCULOS ENTRE EL PROMOTOR DEL PROYECTO Y LA PFP. 3. LA CREACIÓN DE SOCIEDADES «*AD HOC*» PARA LA GESTIÓN DEL PROYECTO. 4. EL ASEGURAMIENTO DE LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE. 5. EXISTENCIA DE GARANTÍAS NO PRESENTES EN OTROS PROYECTOS. 6. COMPROMISO DEL PROMOTOR DE REALIZAR LA ACTIVIDAD.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El *crowdfunding* inmobiliario, inspirado en el *real state crowdfunding de EEUU* de donde trae su origen, es una modalidad del *crowdfunding de inversión*. El *crowdfunding* de inversión es una manifestación de la economía colaborativa consistente en que una masa de inversores financia con finalidad lucrativa el proyecto de un promotor a través de una página web que publicita y facilita la captación de financiación *mediante la creación de un entorno electrónico que permita la concurrencia de promotores e inversores*. Si dicho proyecto consiste en un proyecto que tiene por objeto «una actividad relacionada con el mundo inmobiliario, y por tanto permiten participar en este mercado de un modo directo o indirecto», estaríamos en presencia de un *crowdfunding* inmobiliario^{2, 3}.

El *crowdfunding* inmobiliario resulta así un mecanismo de financiación para promotores, constructores y empresas del sector inmobiliario, que según la doctrina, dinamiza el mercado inmobiliario y, *en particular, el mercado de alquiler*⁴.

Como hemos indicado, esta modalidad de *crowdfunding* «surge y se desarrolla inicialmente en EEUU, de donde se ha extendido a Europa e Hispanoamérica con cierto éxito. En España, el *crowdfunding* inmobiliario irrumpió con fuerza en 2015 y ha tenido un crecimiento vertiginoso»^{5, 6}.

Si bien España es el quinto estado europeo (el primero es Reino Unido) en el que mayor cantidad de fondos se han obtenido mediante financiación alternativa, en cuanto a la percepción de fondos mediante *crowdfunding* inmobiliario se sitúa en segundo lugar tras Francia⁷.

Las plataformas existentes en España tienen en común que posibilitan a cualquier persona la *inversión indirecta* (a través de sociedades o financiando a empresas del sector inmobiliario) de pequeñas cantidades en negocios que tienen como *base esencial activos tangibles del sector inmobiliario* (solares, viviendas, oficinas, naves industriales, complejos vacacionales, locales comerciales) para una vez adquiridos, construidos o rehabilitados, ser alquilados o revendidos, retribuyéndose al financiador mediante el pago de intereses (aparte de la devolución del capital prestado), dividendos o con una participación en los beneficios obtenidos gracias a las ganancias derivadas de las rentas satisfechas por los arrendatarios o del mayor precio obtenido con la reventa del inmueble⁸.

En el *crowdfunding* inmobiliario los proyectos pueden referirse a inmuebles radicados en cualquier lugar del mundo⁹.

II. EL PROYECTO COMO ELEMENTO DIFERENCIADOR DEL CROWDFUNDING INMOBILIARIO

El *crowdfunding* inmobiliario tiene como elemento diferenciador el *contenido del proyecto* que se financia pero no la vía utilizada para su financiación (préstamos, adquisición de acciones o participaciones en una sociedad que puede ser la propietaria del inmueble, o mediante contratos de cuentas en participación). Lo determinante, pues, para hablar de *crowdfunding inmobiliario es el negocio (inmobiliario) a que se destina la financiación obtenida, no así la forma en que se verifica tal financiación* «sin perjuicio en todo caso de tener en cuenta las especialidades jurídicas que cada modalidad de financiación puede llevar implícita»¹⁰.

El *crowdfunding* inmobiliario tiene por objeto, por lo tanto, un proyecto empresarial inmobiliario frente a otros proyectos dedicados a actividades empresariales diferentes. Los proyectos pueden consistir en comprar solares para construcción y venta de pisos; en compra de inmuebles ya edificados para su rehabilitación y reventa; en compra de inmuebles para alquiler (con o sin previa rehabilitación) o en proyectos mixtos de compra para alquilar durante cierto plazo y luego vender¹¹.

III. MODALIDADES DE CROWDFUNDING INMOBILIARIO

Siguiendo a HERNÁNDEZ SAINZ cabe diferenciar los siguientes tipos de *crowdfunding* inmobiliario:

1. EN FUNCIÓN DEL INSTRUMENTO JURÍDICO QUE SE EMPLEA PARA CAPTAR LA FINANCIACIÓN

El *crowdfunding* inmobiliario puede ser financiado mediante un préstamo participativo realizado por una multiplicidad de inversores-prestamistas. Pero también puede ser financiado mediante suscripción de participaciones en el capital de la empresa promotora del proyecto (*equity crowdfunding*); o mediante suscripción de obligaciones (*debt crowdfunding*) o mediante celebración de contratos de cuen-

tas en participación. En este caso, el promotor del proyecto realiza un contrato de cuentas en participación con cada inversor partícipe, el cual, mediante dicho contrato, participa en los beneficios generados por el proyecto sin participar en el capital de la entidad promotora (*profit-sharing* o *revenue-sharing crowdfunding*, esto es, “*crowdfunding*” de participación en los beneficios o ingresos)¹².

2. EN FUNCIÓN DE LA EXISTENCIA O NO DE INTERMEDIARIO ENTRE PROMOTORES E INVERSORES (O SEA, DEL PAPEL QUE DESEMPEÑA EL TITULAR DE LA PLATAFORMA)

Cabe diferenciar con arreglo a este criterio entre *crowdfunding inmobiliario directo e indirecto*.

Crowdfunding indirecto es aquel en que una plataforma opera como *mera intermediaria en la captación de financiación* para el proyecto de un tercero con el que no tiene vínculo alguno (empresa del sector inmobiliario o empresario individual dedicado a actividades del sector inmobiliario, o incluso un particular que solicita financiación para un proyecto inmobiliario de gestión de su patrimonio). El *Crowdfunding* directo, en cambio, es aquel en que *la propia plataforma es la promotora del proyecto*. O sea, promotor y plataforma son el mismo sujeto. En este sentido sería indiferente «si el promotor ya existía con anterioridad y decide seguir la vía del *crowdfunding* como forma de financiar sus proyectos [con lo que solo crea una web, su plataforma], o si se crea todo *ex novo* en el marco de un proyecto empresarial más amplio y complejo»¹³.

El legislador ha regulado el *crowdfunding* indirecto o intermediado mediante la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (LFFE), para evitar que el inversor pueda ser objeto de fraude o estafa o bien que la financiación obtenida se utilice con fines delictivos¹⁴.

Esta ley regula el *crowdfunding* de inversión indirecto basado en acciones y participaciones, préstamos con interés y obligaciones, pero deja fuera el *crowdfunding* de inversión intermediado basado en cuentas partícipe¹⁵.

Sería, pues, posible la existencia de plataformas de *crowdfunding* que operan como intermediarias no estando sujetas a la LFFE, por utilizar como instrumento para la financiación el modelo de contratos de cuentas en participación.

El modelo de la LFFE es un modelo de *crowdfunding* indirecto que desarrollan empresas que tienen la condición de Plataforma de Financiación Participativa (PFP). Se trata de sociedades de capital que han de tener por objeto social exclusivo la realización de las actividades de *crowdfunding* de préstamo con interés, de obligaciones o de *equity crowdfunding*, no pudiendo intermediar en otras modalidades de *crowdfunding*¹⁶.

Si una plataforma intermedia en *crowdfunding inmobiliario financiado mediante contratos de cuentas en participación* no sería preciso que la plataforma intermediaria cumpliera los requisitos señalados en la LFFE para ser PFP. En este sentido, puede haber plataformas de *crowdfunding* inmobiliario indirecto que no sean PFP¹⁷.

Cabe decir, pues, que la plataforma es la página web (y su programa informático), y que su titular puede ser una persona física o jurídica (sociedad de capital o no; PFP o no; y constituida por tiempo indefinido o no). Es, pues, más amplio el concepto de plataforma que el de PFP¹⁸.

Ahora bien, «los titulares de plataformas de *crowdfunding* [indirecto] de cuenta partícipe pueden usar cualquier denominación, pero al no estar autorizados ni registrados como PFP, no pueden incluir los términos “Plataforma de financiación

participativa”, ni la abreviatura PFP, ni cualesquiera otras denominaciones que puedan inducir a confusión con ellas (art. 48.3 LFFE)»¹⁹.

Y a diferencia de las PFP, pueden tener su domicilio social y su efectiva administración y dirección en Estados no miembro de la UE [art. 55.b) LFFE *a contrario sensu*]²⁰.

Las PFP que se dedican de forma exclusiva al *crowdfunding inmobiliario intermediado* pueden estar autorizadas para operar tanto en préstamos como en suscripción de valores o solo en una de ambas modalidades. En caso de estar autorizadas para intermediar en suscripción de valores es posible que no lo estén para intermediar en suscripción de acciones, sino solo en suscripción de participaciones. En cuanto a la modalidad de financiación mediante emisión de obligaciones, según MORENO SERRANO, no está teniendo aplicación en España, pese a estar contemplada por la LFFE, y lógicamente no está teniendo aplicación en el *crowdfunding* inmobiliario²¹.

En cuanto al *crowdfunding* directo es descrito como una actividad de la propia empresa del sector inmobiliario que crea una sociedad *ad hoc* para la compra de un inmueble y obtención de rendimientos mediante su alquiler y venta posterior, de manera que el objeto social de dicha sociedad consiste en verificar el proyecto y los contratos necesarios para ello. Una vez obtenidas las adhesiones de los inversores a través de su plataforma o página web de la que es titular se introduce a los interesados en la sociedad creada *ad hoc* para la gestión del proyecto mediante una ampliación de capital y se adquiere el inmueble²².

Los inversores pasan, pues, a ser socios, repartiéndose los beneficios derivados del alquiler mediante reparto de dividendos. Cuando se enajene el inmueble, el precio de venta se repartirá entre los socios como cuota de liquidación de la sociedad en proporción a su aportación (arts. 391-394 del TRLSC), pudiendo, en su caso, recuperar el socio el capital aportado inicialmente más una plusvalía (art. 392.1 TRLSC)²³.

Pero esta iniciativa «ha tropezado con las sospechas de la propia CNMV, ya que uno de los requisitos de la PFP [según la LFFE] es ...precisamente que la financiación solicitada sea para un proyecto de un tercero, no para actividades *de la propia plataforma*. Por eso han difundido sus dudas acerca de la legalidad de los *crowdfunding* directos,... De momento, y a la espera de que el legislador decida extender la regulación a las *plataformas directas*, las principales empresas del sector [inmobiliario] están optando por acogerse al régimen actualmente en vigor, y *operar como intermediarios a favor de promotores externos*», que *presentarían como proyecto a financiar un proyecto de adquisición de un inmueble*²⁴.

Ciertamente el artículo 63 de la LFFE establece «una clara barrera a la autopromoción» o *crowdfunding* directo (cfr. AEFI, 60), a diferencia del Reino Unido en que las PFP pueden actuar como promotoras de la totalidad de los negocios sobre activos o bienes tangibles (AEFI, 61).

Aunque las plataformas que se dedican al *crowdfunding* inmobiliario en España «tienden al *crowdfunding* indirecto, por cuanto es así como suelen anunciarse, sin perjuicio de que luego puedan participar en sus proyectos, en cuyo caso están vinculadas por los límites señalados en la LFFE [art. 63 LFFE]... existen también plataformas que —no sujetas a la LFFE— optan claramente por el modelo de *crowdfunding* directo. Estas plataformas se caracterizan porque su solicitud de financiación no queda sujeta a la LFFE sino a la normativa en materia de emisiones en el *mercado primario* si la captación de financiación se articula mediante emisión de acciones u obligaciones que requiere de folleto informativo²⁵; o bien

al Código de Comercio si se articula mediante cuentas partícipe; o bien al TRLSC si se articula en base a emisión de participaciones sociales²⁶.

El *crowdfunding* inmobiliario financiado mediante préstamos suele considerarse más seguro para el cliente inversor, pues cabe que el promotor asegure la devolución del crédito incluso constituyendo garantía real sobre el inmueble objeto del proyecto. El inversor corre un riesgo mayor, sin embargo, en la modalidad de suscripción de acciones o participaciones *al convertirse en socio de una sociedad de capital, pues en caso de liquidación, los socios son los últimos en percibir la cuota de liquidación (art. 391.2 del TRLSC y en caso de concurso, ocupan el puesto de acreedores subordinados (arts. 92 y 93.2.1 LC)*²⁷.

En definitiva, el modelo de la LFFE es un modelo de *crowdfunding* indirecto que desarrollan empresas que tienen la condición de Plataforma de Financiación Participativa. El *crowdfunding* directo no está regulado por la LFFE, y la plataforma que lo verifica (que es un portal de la empresa promotora) no tiene la condición de Plataforma de Financiación Participativa.

Por carecer de regulación en la LFFE²⁸, hacemos referencia a continuación al *crowdfunding* inmobiliario directo mediante contratos de cuentas en participación y al *crowdfunding* inmobiliario directo mediante la emisión de participaciones sociales.

2.1. *Crowdfunding* inmobiliario directo mediante contratos de cuentas en participación

En este tipo de *crowdfunding* las empresas del sector inmobiliario (promotoras, constructoras...) «ofrecen al público a través de una plataforma *on line* de su propiedad o bajo su control, la posibilidad de invertir en sus propios proyectos de construcción o rehabilitación, articulando esa inversión mediante múltiples contratos de cuentas en participación con los inversores». «El proyecto se publicita en la plataforma y, posteriormente, *se celebra con cada persona interesada en invertir un contrato de cuentas en participación. En algunas ocasiones, la promotora constituye previamente una sociedad limitada para la gestión de ese concreto proyecto, procediendo el inversor a celebrar el contrato de cuentas en participación con la sociedad limitada creada ad hoc para el proyecto inmobiliario. Aportada la financiación con fundamento en el contrato de cuentas en participación, la empresa inmobiliaria gestiona la compra del inmueble, su rehabilitación, alquiler y/o venta, participando el inversor de los resultados prósperos o adversos del negocio, normalmente mediante el pago de rentas periódicas provenientes del alquiler junto con una liquidación final cuando el inmueble se venda con posterioridad*». El contrato de cuentas en participación «se ha empleado con especial intensidad en los sectores de la construcción e inmobiliario, de ahí su rápida expansión como mecanismo para articular jurídicamente el *crowdfunding* inmobiliario»²⁹.

Este contrato se encuentra regulado en los artículos 239 a 243 del Código de comercio. Es un contrato típico. Según HERNÁNDEZ SAINZ «a partir del artículo 239 Código de comercio podemos definirlo como un contrato de colaboración económica con finalidad de financiación o inversión, en virtud del cual una persona (el partícipe) realiza una aportación patrimonial al negocio o a una o varias operaciones de un comerciante o empresario (el gestor) a cambio de una participación en los resultados económicos prósperos o adversos obtenidos por este, sin intervenir en su gestión y sin arriesgar mayor capital que el aportado»³⁰.

Se trata de un contrato bilateral, bastando que de las partes que lo celebran sea comerciante el gestor. Se discute si es un contrato de sociedad o un contrato bilateral de colaboración, lo que influye en la determinación de la normativa supletoria aplicable. Los que se inclinan por la segunda opinión consideran que, a falta de previsión legal o contractual, procede aplicar las normas mercantiles sobre obligaciones y contratos y, en su defecto, la regulación sobre contratos bilaterales contenida en el Código civil, de manera que, en caso de incumplimiento del gestor, podría pedirse la resolución del contrato al amparo del artículo 1124 del Código civil y no serían aplicables las normas sobre disolución de sociedades, lo que beneficiaría al cuentapartícipe pues podría recuperar lo abonado con el resarcimiento de daños y abono de intereses, mientras que la cuota de liquidación puede no alcanzar a devolver lo aportado. La doctrina mayoritaria, en cambio, se inclina por la primera posición considerando que es una modalidad de sociedad interna de naturaleza mercantil, esto es, «una sociedad oculta de naturaleza puramente obligacional que carece de una estructura organizativa personificada»³¹.

En este caso se considera aplicable supletoriamente la regulación societaria del Código civil. Otros autores consideran aplicable las normas relativas a la sociedad colectiva «como tipo societario mercantil básico» [cfr., art. 122 CCom], dado que la regulación del artículo 1669 del Código civil y su remisión a la comunidad de bienes no resolverían las lagunas de régimen jurídico dada su parquedad. Esta posición parte de la idea de GIRÓN TENA, según el cual, las cuentas en participación es uno de los supuestos más primarios de sociedad. HERNÁNDEZ SAINZ sigue a VICENT CHULIÁ y considera que el contrato de cuentas en participación es un contrato bilateral de colaboración económica o inversión ya que su regulación se inserta en el Título II, del Libro II, del Código de comercio, dedicado a los contratos de comercio. Por otro lado, no daría lugar a una estructura organizativa, pues no se formaría un patrimonio común o separado, dado que el cuentapartícipe aporta un dinero o bien que pasa a integrarse en el patrimonio del gestor. No se crearía un ente dotado de personalidad jurídica sino que quien operaría y respondería frente a terceros sería el gestor. Expresamente indica que «aunque es cierto que, en un concepto amplio de sociedad, la adquisición de personalidad jurídica no es requisito esencial, sí es consustancial al contrato de sociedad la existencia de una mínima organización aunque permanezca oculta, y las cuentas en participación no dan lugar a la creación de esa mínima organización, puesto que el partícipe no interviene ni en la gestión, ni en la toma de decisiones». Si bien en el Derecho español pueden existir sociedades sin patrimonio (los socios solo aportan su industria, *arg. ex art. 1665 CC*), o bien sociedades internas (que permanecen ocultas entre los socios, *arg. ex art. 1669 CC*), sin personalidad jurídica, lo determinante en este caso sería que no existiría propiamente «un fin común que promuevan todos los socios [cfr., arts. 1666, 1680 y 1700.2º CC], pues el gestor no actúa por cuenta de un ente colectivo, sino en nombre y por cuenta propia y en interés propio. No llega a existir un fin común, porque no existe una programación contractual de la actividad a desarrollar y del resultado perseguido, consensuada entre las partes, siendo el gestor quien toma todas las decisiones». Sería, pues, el gestor quien administra el negocio, no actuando en interés de un nuevo ente, ni tampoco en interés del partícipe³².

«En cualquier caso, y con independencia de la posición doctrinal que se adopte sobre la configuración legal del contrato de cuentas en participación, conviene reseñar que, en la práctica, los modelos de contrato predispuestos por los promotores y empresas inmobiliarias que practican *crowdfunding* inmobiliario [directo] lo configuran como un contrato de colaboración financiera, negando

expresamente toda posible relación societaria, o la existencia de cualquier vínculo o conexión entre los distintos partícipes en el mismo proyecto, pues se celebra un contrato con cada uno de ellos», lo que obligaría a aplicar supletoriamente la normativa de obligaciones y contratos. Y desde la UE (Documento de trabajo de la Comisión Europea *Crowdfunding in the EU Capital Market Unions*, Bruselas, 3 de mayo de 2016, SWD [2016] 154 final, 32) esta modalidad de *crowdfunding* «se incardina en el denominado *crowdfunding* de participación en beneficios (*profit-sharing o revenue-sharing crowdfunding*), una subcategoría de financiación participativa de inversión diferente del modelo de participación en el capital (*equity crowdfunding*)»³³.

La utilización de este contrato para captar financiación en el *crowdfunding* inmobiliario directo pretende, según HERNÁNDEZ SAINZ, «eludir la aplicación de la regulación financiera sobre captación de capital mediante solicitud pública», esto es, las normas del TRLMV sobre oferta pública de suscripción de valores así como el control de la CNMV. «Si la captación de financiación se articula mediante una oferta pública de suscripción de valores (acciones, obligaciones u otros valores negociables de los contemplados en el art. 2.1 TRLMV) el emisor debe cumplir con las obligaciones de aportación, registro y publicación de un folleto informativo y otros documentos previstos en los artículos 36 y 37 TRLMV. En aquellos casos en que no existe la obligación de publicar un folleto debido al reducido importe global de la oferta o al importe mínimo a suscribir, se exige que, si se publicita la emisión, intervenga una empresa de servicios de inversión debidamente autorizada en la colocación o una plataforma de financiación participativa debidamente autorizada (art. 35.3 TRLMV)». Como la oferta de celebración de un contrato de cuentas en participación es una mera oferta de contrato y no una oferta pública de suscripción de valores, toda esta regulación relativa al mercado primario puede obviarse. Tampoco se aplica la LFFE pues esta regula el *crowdfunding* indirecto³⁴.

El inversor corre, pues, mayores riesgos. De hecho, el inmueble adquirido con el importe financiado pasa a integrar el patrimonio de la sociedad promotora y queda afectado por el artículo 1911 del Código civil, de manera que en caso de insolvencia de la sociedad, el cuentapartícipe solo dispone de un crédito ordinario a hacer valer en el concurso, junto con todos los acreedores de la sociedad. Por ello en estos casos se trata de minimizar el riesgo constituyendo sociedades *ad hoc* para la gestión de un concreto proyecto de manera que el riesgo que pueda entrañar un proyecto inmobiliario no se contagie a otros³⁵.

2.2. *Crowdfunding inmobiliario directo mediante la emisión de participaciones sociales*

Otra vía para realizar el *crowdfunding* directo eludiendo la regulación del mercado primario y la regulación de la LFFE es la oferta pública de suscripción de participaciones en sociedades limitadas a través de una plataforma en Internet que no es PFP. «La empresa constructora o promotora publicita, en su propia página web, oportunidades inmobiliarias para, posteriormente, constituir una sociedad limitada con los inversores interesados que procederá a la compra del inmueble y al desarrollo del proyecto inmobiliario publicitado. Una variante de este supuesto es aquella en la que la empresa inmobiliaria preconstituye una sociedad limitada en la que realiza un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente con ofrecimiento público de la suscripción

de las nuevas participaciones a través de Internet. En ambos casos, el promotor del proyecto inmobiliario es socio de la sociedad que adquiere el inmueble y se reserva su administración»³⁶.

En este caso no se aplica la LFFE por operar la plataforma, no como intermediario sino como «instrumento para la captación directa de financiación por la propia empresa inmobiliaria». Tampoco el TRLMV porque de acuerdo con los artículos 92.2 Ley de Sociedades de Capital y artículo 2 TRLMV, las participaciones de sociedades limitadas no tienen la consideración de valores negociables³⁷. Este procedimiento de captación de financiación, según HERNÁNDEZ SAINZ, «es legal, pero no está prohibido», pues «no hay norma que prohíba buscar potenciales socios mediante un llamamiento al público en general a través de una plataforma de financiación en Internet, procediendo posteriormente a formalizar el contrato de sociedad de manera simultánea entre los interesados o a suscribir el aumento de capital acordado en una sociedad ya constituida. El problema de estas operaciones es que al no estar reguladas no hay mecanismos específicos de protección del inversor de carácter preventivo, sin perjuicio de la aplicación del Código Penal en supuestos en que la captación de financiación pueda tipificarse como estafa»³⁸.

IV. OTROS ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS DEL CROWDFUNDING INMOBILIARIO INTERMEDIADO

1. LOS LÍMITES A LA INVERSIÓN Y A LA CUANTÍA DE FINANCIACIÓN QUE PUEDE RECARBAR EL PROYECTO INMOBILIARIO ANTE LOS RIESGOS QUE GENERA. OTROS MECANISMOS DE PROTECCIÓN PARA EL INVERSOR

La LFFE señale unos límites a la inversión (en el caso de inversores no acreditados, art. 82 LFFE) y a la cuantía que puede recabar el proyecto (art. 68 LFFE), todo lo cual es un mecanismo de protección del inversor, pero se señala que puede tener el efecto negativo de que ciertos proyectos inmobiliarios no puedan tener cabida mediante el *crowdfunding* de inversión intermediado (p.e., construir un rascacielos o una urbanización de alto *standing*)³⁹.

Los riesgos que corre el inversor son analizados extensamente por HERNÁNDEZ SAINZ. Cabría señalar: la incertidumbre sobre la evolución del proyecto inmobiliario; riesgos derivados del «anonimato inherente al propio funcionamiento de internet» lo que puede propiciar «fraudes orquestados por los promotores e incluso por las plataformas o terceros», así como riesgos derivados de la comisión de delitos de estafa o apropiación indebida; riesgos de conflictos de intereses con la PFP (de hecho, el art. 63 LFFE intenta evitarlos señalando límites a la posibilidad de la PFP de participar en proyectos publicitados por ella y a la posibilidad de ser promotora de proyectos (autopromoción); riesgo de pérdida del capital invertido, si el proyecto se financia mediante préstamos salvo que se constituya garantía hipotecaria sobre el inmueble (que no puede recaer sobre la vivienda habitual del empresario individual), pues este pasa a formar parte del patrimonio del promotor y queda sujeto a su responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), si bien cabe pensar que tratándose de préstamos para la construcción o rehabilitación de un inmueble, los prestamistas-inversores podrían practicar anotación preventiva de crédito refaccionario sobre el inmueble objeto de la refacción (la cual es convertible en hipoteca). Desde este punto de vista sí cabría sostener que el riesgo de pérdida del capital en el *crowdfunding*

inmobiliario es menor ya que existe un bien tangible que respalda la operación. Los riesgos también existen si el proyecto se financia mediante suscripción de acciones o participaciones sociales, al adquirir el inversor la condición de socio y como tal ser acreedor subordinado en caso de concurso. Además no existe ningún fondo de garantía de depósitos o de inversiones que proteja al inversor frente a la insolvencia de la empresa o empresario individual promotor o la insolvencia de la PFP [cfr., art. 83.1.d) LFFE]. Otro riesgo apreciable es el riesgo de iliquidez de la inversión en caso de suscripción de acciones o participaciones sociales, por inexistencia de un mercado secundario así como de dilución de su participación en el capital social si se llevan a cabo aumentos de capital. Pero fundamentalmente habría que destacar, *el riesgo de que el inmueble no llegue a ser construido, o rehabilitado o alquilado o vendido, y por lo tanto no puedan repartirse beneficios mediante dividendos o no pueda devolverse el préstamo y los intereses*⁴⁰.

*Riesgo este que nos lleva a pensar si el promotor, en el crowdfunding inmobiliario financiado mediante préstamos no adquiere el compromiso frente a los prestamistas-inversores de llevar a cabo el proyecto, caso en el que el contrato suscrito no sería un mero contrato de préstamo participativo sino un contrato atípico en que se promete un resultado (la realización del proyecto) como medio para la devolución del capital financiado y el pago de intereses, y que incluso puede regular la celebración de futuros contratos (p.e., el contrato de compra, el de alquiler y el de venta de los inmuebles), teniendo un carácter normativo*⁴¹.

Frente a estos riesgos, la regulación de la LFFE ofrece varios tipos de control: el control sobre el intermediario (la PFP), la limitación de las modalidades de financiación, las limitaciones a la cuantía financiable para cada proyecto, la imposición de *deberes de transparencia* a las plataformas intermediarias y a los promotores, la prohibición de los mecanismos de automatización de la decisión de inversión [art. 52.2.e) LFFE], para garantizar la libertad del consentimiento y *los límites a la inversión* siempre que se trate de inversores no acreditados. Se trata de limitar así la potencial pérdida que pudiera padecer el inversor⁴².

Ahora bien, el límite del artículo 82.1.a) LFFE «que favorece una diversificación de la cartera de inversiones» y el límite del artículo 82.1.b) y 2 LFFE que «tiene como finalidad evitar pérdidas elevadas» al inversor no acreditado no evita «pérdidas derivadas de operaciones de capital engañosas o fraudulentas» por lo que «la protección frente al fraude debe articularse por vías distintas a los límites de inversión»⁴³.

Y quizás dicha vía sea estatuyendo la obligación del promotor de prestar garantías reales o bien considerando el contrato celebrado con los inversores como un contrato atípico en que se promete un resultado (invertir el capital recibido en la realización del proyecto como medio para cumplir la obligación de devolución del capital y el pago de intereses), en el supuesto de financiación mediante préstamos.

En el caso de financiación mediante suscripción de acciones o participaciones, los riesgos derivan de la condición de socio que asume el inversor, los cuales pueden disminuir en caso de creación de una sociedad «ad hoc» que tiene por objeto social la realización del proyecto (pues con ello, como dice HERNÁNDEZ SAINZ, se consigue aislar la evolución de este proyecto del resto de la actividad empresarial de la empresa inmobiliaria promotora, constructora, etc.), si bien también así se aísla dicho proyecto del resto de recursos que puede aportar la empresa matriz, aportación que, en su caso, podría ser beneficiosa para la culminación del mismo. En el *crowdfunding* inmobiliario financiado mediante suscripción de participaciones en el capital puede decirse que el inversor se convierte

en empresario y asume los riesgos, no ya de una operación de financiación o de un contrato atípico, en su caso, sino propiamente de una actividad empresarial y que el riesgo mayor es el del conflicto de intereses o la existencia de vínculos entre la sociedad promotora del proyecto en la que entra a formar parte y la PFP.

2. EXISTENCIA DE VÍNCULOS ENTRE EL PROMOTOR DEL PROYECTO Y LA PFP

Una particularidad de esta modalidad de financiación participativa es que pueden existir vínculos entre la empresa promotora del proyecto y la empresa que opera como PFP en los términos de la LFFE. P.e., ambas forman parte del mismo grupo de sociedades.

La citada norma, en su artículo 63, fija límites a los llamados proyectos vinculados, esto es, a la participación de la PFP en proyectos publicados en su página web (art. 63.1) así como a la publicación en su página web de proyectos de los que la propia PFP sea promotora (art. 63.2).

Estos límites son aplicables no solo a la propia PFP en sí, sino también a los administradores, altos ejecutivos y socios con participación significativa de las PFP⁴⁴, así como a sus cónyuges y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (art. 63.3) tanto en relación con proyectos de terceros promotores, como en relación con proyectos de los que estas personas o la propia PFP sean promotoras y sean publicados en las páginas web de sus respectivas plataformas⁴⁵.

La norma no menciona que exista límite a la publicitación en la PFP de proyectos de los que sean promotoras sociedades del mismo grupo empresarial. Podría pensarse que no mencionándose a dichas sociedades en el artículo 63.3 LFFE, en relación con el artículo 63.2, no existiría tal límite, pudiendo publicarse libremente en la PFP proyectos promovidos por sociedades del mismo grupo. Pero también podría pensarse que el supuesto es análogo al regulado en el artículo 63.3 LFFE y que debería extenderse tal limitación a las sociedades del mismo grupo ya que, de lo contrario, podría producirse el fraude de ley consistente en crear sociedades promotoras diversas de la propia PFP (pero realmente vinculadas a esta) para que así la PFP (verdadera promotora) eluda a través de aquellas los límites marcados por la ley en su artículo 63 (*en cuyo espíritu estaría presente que quien intermedia en la obtención de financiación no sea el titular o gestor del proyecto, y si lo es, su proyecto y su gestión no sean significativos en el conjunto de la actividad de intermediación que realiza, representando solo el 10 por ciento de la financiación captada en el ejercicio anterior*)⁴⁶.

Esta última interpretación la consideramos más acertada. Por lo tanto, la LFFE prohíbe la actividad de *crowdfunding* directo a las PFP, *admitiendo solo con limitaciones que la propia PFP sea promotora de proyectos* (art. 63.2 LFFE). Si la PFP es promotora del proyecto que publicita en su página web, el objetivo de financiación de tal proyecto no puede superar el 10 % de los fondos que la PFP haya recaudado por todos los proyectos publicados en su página web en el ejercicio anterior; lo que evidencia que el espíritu de la norma es que *la PFP opere fundamentalmente como intermediaria de proyectos de terceros y no como promotora de sus propios proyectos* (art. 46.1 LFFE). De ahí que tampoco pueden existir vínculos entre la PFP y el promotor del proyecto (esto es, tratarse de sociedades del mismo grupo), pues ello podría ser un medio de defraudar este espíritu (art. 63.3 por analogía, como hemos indicado).

Por otro lado, si la PFP es promotora del proyecto (art. 63.2 LFFE), *tampoco se permite que la propia PFP o sociedades de su grupo (o sea, el conjunto de perso-*

nas vinculadas a la PFP, arg. ex artículo 63.1.b) en relación con el artículo 63.1), participen en la financiación del proyecto más allá del 10 por ciento del objetivo de financiación del proyecto, pues lo contrario lesionaría la neutralidad que debe regir la actividad de la plataforma en sus relaciones con los clientes inversores e incluso con otros clientes promotores de otros proyectos, y no se correspondería con el objeto social propio de las PFP (art. 46.1 LFFE)⁴⁷.

Tampoco cabe que la PFP (o sociedades de su grupo, arg. ex artículo 63.1 en relación con el artículo 63.3 LFFE o personas vinculadas) *participen en los proyectos de terceros publicitados por la PFP más allá de los límites del artículo 63.1, los cuales se orientan a impedir que la PFP controle la empresa promotora y evitar que quede en entredicho la neutralidad de la actividad de intermediación de la propia plataforma* (art. 60 LFFE). De acuerdo con el artículo 63.1.b), la PFP deberá informar a los inversores de forma clara y accesible del importe de su participación o del importe de la participación de las personas relacionadas en el artículo 63.3 LFFE en cada proyecto (administradores, altos ejecutivos, socios con participación significativa y sus cónyuges y familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; o sociedades vinculadas), a quienes también afecta el límite del 10 % a que se refiere el artículo 63.1 LFFE⁴⁸.

También pueden generarse conflictos de intereses entre la PFP y los clientes inversores, si la PFP, o las personas indicadas en el artículo 63.3, o sociedades de su grupo, controlan o poseen participaciones en las sociedades que por encargo del promotor del proyecto inmobiliario van a llevar a cabo la construcción o la rehabilitación de los inmuebles, *pues por esta vía pueden apropiarse de las plusvalías que genere la construcción o rehabilitación del inmueble*⁴⁹. También en este caso quedaría en entredicho la neutralidad de la actividad de la PFP (art. 60 LFFE).

3. LA CREACIÓN DE SOCIEDADES «AD HOC» PARA LA GESTIÓN DEL PROYECTO

Como hemos venido exponiendo también es característico del *crowdfunding* inmobiliario, tanto directo como intermediado, la creación de sociedades *ad hoc* para la *gestión y realización del proyecto inmobiliario* de manera que se aísle la evolución del mismo del resto de proyectos que realiza una empresa del sector inmobiliario.

De manera que la operativa que se sigue sería, o bien crear una sociedad «*ad hoc*» para la *gestión y promoción del proyecto inmobiliario*, la cual captaría financiación mediante un aumento de capital (esto es, creando nuevas acciones o participaciones sociales cuya suscripción se ofrecería al público mediante la PFP), o bien la empresa del sector inmobiliario no crearía una sociedad «*ad hoc*» para la compra, o construcción, o rehabilitación del inmueble, sino que ofrecería la suscripción de acciones o participaciones *de su propia sociedad* mediante un aumento de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente⁵⁰.

La LFFE no dice expresamente si debe seguirse una u otra operativa⁵¹.

Hay que tener en cuenta que la LFFE considera promotora a la sociedad que vaya a emitir los valores (art. 50.1.a), a la sociedad que vaya a emitir las participaciones [art. 50.1.b)] o a la persona física o jurídica prestataria.

Partiendo de esta premisa, pienso que las empresas deben existir antes de solicitar financiación y no crearse *ad hoc* para ello, pues ello respondería mejor al espíritu de la norma. Lo contrario permitiría la existencia de sociedades «efi-

meras» y, por este motivo, poco fiables en su actividad y compromisos frente a los inversores. De hecho, a las PFP se les exige por la LFFE ser sociedades de capital constituidas *por tiempo indefinido* lo que también parece debería ser exigible a las sociedades promotoras de los proyectos.

4. EL ASEGURAMIENTO DE LA ADQUISICIÓN DEL INMUEBLE

Otra característica del *crowdfunding* inmobiliario es que el promotor, si su proyecto consiste en la adquisición de un inmueble, debe asegurar a los inversores que tras la captación de financiación *el inmueble estará disponible para su compra*. Ello podría verificarse mediante un contrato de arras, un precontrato de compraventa de inmueble celebrado entre el promotor y el propietario del inmueble, o bien mediante un contrato de opción de compra⁵².

Entiendo que el contrato de opción de compra debería ser objeto de inscripción en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad *erga omnes*, de manera que si el propietario del inmueble vendiese a un tercero distinto del promotor optante, este pudiese hacer efectiva la opción en perjuicio de dicho tercer adquirente (art. 14 RH).

Esta modalidad de garantía de la compra del inmueble, por sus efectos de trascendencia jurídico-real en caso de inscripción, aseguraría con mayor efectividad que el inmueble en cuestión va a ser adquirido por el promotor del proyecto⁵³.

Una vez adquirido el inmueble, también debería procederse a la inscripción de la compraventa para asegurar, en su caso, la irreivindicabilidad por el *verus dominus*, siempre que se cumplieran con los requisitos para ser tercero hipotecario (arts. 32 y 34 LH). Cabría pensar si esta actividad de inscripción (como servicio auxiliar obligatorio) debería ser desarrollada por la PFP *en nombre de los clientes inversores*, en cuanto son personas interesadas en asegurar el derecho que deba inscribirse [art. 6 c) y d) LH].

En este sentido, el promotor debería asegurarse, antes de proceder a la publicación de su proyecto en la PFP, de que el inmueble que pretende adquirirse está inmatriculado en el Registro de la Propiedad (por la vía del art. 203 LH) e inscrito el título adquisitivo del vendedor, para evitar no ser considerado tercero hipotecario (*cfr.*, arts. 34, 40 *in fine*, 69 y 207 LH). La información registral sobre la titularidad (y ausencia de cargas) del inmueble inscrito y que va a adquirirse, debería consignarse en el proyecto de forma obligatoria para mayor garantía del inversor, de tal manera que la PFP debería rechazar la publicación de un proyecto de *crowdfunding* inmobiliario que no cumpliera con tales requisitos.

«En modelos al margen de la LFFE, el aseguramiento se puede hacer también por parte del propio titular de la plataforma [*de crowdfunding directo*] que prefinancia las operaciones, siendo los inversores prestamistas del titular de la plataforma e incluyéndose [en el contrato de financiación participativa] una opción de compra del inmueble [a favor de los inversores] *por importe equivalente a la deuda no atendida por el promotor* por lo que de darse un impago de los préstamos, se adquiriría la propiedad del inmueble por los inversores»⁵⁴.

La posterior enajenación del inmueble por los inversores-compradores, les permitiría recuperar el capital y los intereses que se les adeudase, si bien el sobrante debería entregarse al promotor del proyecto para evitar la lesión de los artículos 1859 y 1884 del Código civil que prohíben el pacto comisorio, extremo este que debería incorporarse en el contrato de financiación participativa.

5. EXISTENCIA DE GARANTÍAS NO PRESENTES EN OTROS PROYECTOS

Otra especialidad que presenta el *crowdfunding inmobiliario* es que suelen ofrecerse a los inversores garantías que no están presentes en otros proyectos de *crowdfunding*. Así, si el proyecto consiste en adquirir o reformar edificios para su posterior arrendamiento a terceros como vivienda o con fines turísticos, se suele analizar rigurosamente la solvencia de los arrendatarios y pedirles garantías adicionales a las exigidas en la LAU 1994 y hasta celebrar un seguro de impagos para que quede garantizada la rentabilidad de los inversionistas o cobrar la estancia por adelantado a los turistas⁵⁵.

De acuerdo con la nueva redacción que el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler da al artículo 36 LAU, la garantía exigida con carácter adicional a la fianza en metálico (consistente en una mensualidad de renta en el arrendamiento de vivienda suxtuaría o no, arg. ex artículo 4.1 LAU en relación con el artículo 4.2, en su nueva redacción) no podrá exceder el valor de dos mensualidades de renta, en el caso de arrendamientos de vivienda de hasta cinco años de duración, o de hasta siete años, si el arrendador fuese persona jurídica. Esta limitación no existe en los arrendamientos de vivienda pactados por tiempo superior o en los arrendamientos para uso distinto de vivienda, en que de acuerdo con el artículo 36.5 LAU y 4.1 LAU «las partes podrán pactar cualquier tipo de garantía del cumplimiento por el arrendatario de sus obligaciones arrendaticias, adicional a la fianza en metálico»⁵⁶.

Tratándose de proyectos inmobiliarios financiados mediante préstamos es fácil que se otorguen garantías hipotecarias sobre los bienes inmuebles objeto de adquisición. La LFFE solo prohíbe sin excepciones la prestación de garantía hipotecaria a los consumidores que promuevan un proyecto de consumo o de formación, para el cual soliciten financiación mediante un préstamo participativo [art. 87 en relación con el art. 49.c)]. Para el empresario individual promotor existe en el artículo 74.2 LFFE una prohibición legal de hipotecar la vivienda habitual en garantía de la devolución de un préstamo participativo. Si pueden hipotecarse, en cambio, los bienes inmuebles objeto del proyecto⁵⁷.

El acto contrario a aquella prohibición sería nulo de pleno derecho, aplicándose el artículo 33 LH y nunca el artículo 34 LH, pues las prohibiciones legales de disponer constituyen una excepción a la fe pública del Registro, dado que su publicidad deriva de la ley y operan como límites del dominio, pudiendo, por lo tanto, hacer efectiva la prohibición legal los beneficiados por la misma, (p.e., los herederos del empresario individual). Ello obliga a las PFP a una actividad diligente en la comprobación de que el proyecto inmobiliario respeta la prohibición del artículo 74.2, para no incurrir en responsabilidad frente a los inversores (art. 60.1 y 3 LFFE)⁵⁸.

Este artículo 74.2 LFFE pretende proteger la vivienda habitual del empresario individual (en este caso, promotor de proyectos de *crowdfunding inmobiliario*), con la misma filosofía que preside los artículos 7 a 10 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

Si bien en el caso de la Ley 14/2013, para proteger la vivienda habitual del empresario individual promotor de proyectos de *crowdfunding inmobiliario frente a embargos de su vivienda habitual* (excepcionando el artículo 1911 CC), se exige que conste en el Registro de la Propiedad, mediante inscripción en la hoja registral de la vivienda habitual privativa o ganancial, *su condición de vivienda de un emprendedor de responsabilidad limitada*, mediante certificación expedida por el Registro Mercantil y remitida telemáticamente al Registro de la Propiedad, de la condición de emprendedor de responsabilidad limitada de su titular.

Sin esta constancia, podría anotarse preventivamente un embargo sobre la vivienda habitual aunque las deudas que lo originaran fueran deudas derivadas del ejercicio de la profesión (así derivadas del incumplimiento del préstamo participativo).

Es decir, en este caso la inscripción de la prohibición de anotación de embargos debe figurar en el folio para ser oponible a terceros y poder aplicar el cierre registral del artículo 17 LH⁵⁹.

Si se ofrece garantía hipotecaria para asegurar la devolución del préstamo participativo, la garantía quedará constituida en la misma escritura en que se formalice el préstamo, una vez que el consentimiento de los inversores ha quedado plasmado por medios electrónicos a través de la página web. En este caso es preciso el otorgamiento de poder para que la PFP pueda recibir la garantía en nombre de los inversores [art. 52.1.c) LFFE], siendo obligación de la PFP proceder, en nombre de los inversores, a la inscripción de la escritura (art. 60.1 en relación con el art. 51.3 LFFE y art. 6 LH). Los inversores quedan constituidos de este modo en acreedores hipotecarios (fenómeno que no deja de ser llamativo cuando el ciudadano medio es por definición un ahorrador y no un inversionista que arriesga su capital⁶⁰).

Otra garantía presente en este tipo de *crowdfunding* es la anotación preventiva de crédito refaccionario. «El crédito refaccionario es aquel por el que una persona presta a otra una cantidad determinada de dinero para que la invierta en obras de construcción, conservación, reparación o mejora de un bien». De acuerdo con el artículo 42.8º LH puede pedir anotación preventiva, mientras duren las obras objeto de la refacción, el acreedor refaccionario (en nuestro caso, la multiplicidad de inversores que son acreedores de la empresa constructora promotora del proyecto inmobiliario, y en su nombre, debería hacerlo la PFP). Esta anotación produce respecto al crédito refaccionario todos los efectos de la hipoteca (art. 59.2 LH). Según el artículo 92 LH, la anotación caduca a los 60 días de concluida la obra objeto de la refacción. «El acreedor refaccionario puede pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca *si antes del cumplimiento del plazo de caducidad de la anotación no estuviere aún pagado por completo de su crédito*, bien porque no ha vencido el plazo estipulado en el contrato para el pago, bien porque, habiendo vencido, el crédito no le ha sido satisfecho. Es evidente que, en este último caso, el acreedor puede optar entre la conversión de la anotación o exigir el pago, desde luego, para lo cual la anotación surtirá todos los efectos de la hipoteca (art. 93 LH)»⁶¹.

En cuanto a la mayor o menor facilidad para el recobro del crédito, la PFP puede prestar el servicio auxiliar de reclamación judicial y extrajudicial de los derechos de crédito (garantizados, o no, con hipoteca), actuando en representación de los inversores o en nombre propio si los inversores le cedieren su derecho de crédito (art. 51.2.f LFFE). De este precepto de la ley se desprende, por un lado, que el inversor puede hacer líquida su inversión, cediendo su derecho de crédito a la PFP (arts. 1256 y sigs. CC). Por otro lado, que la plataforma puede ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales, en defensa de los inversores que han participado en proyectos de *crowdfunding* inmobiliario financiados mediante préstamos. *No se prevé, en cambio, ninguna actuación en defensa de los inversores que han invertido en proyectos de crowdfunding inmobiliario financiados mediante suscripción de acciones o participaciones, los cuales, como hemos dicho antes, se han convertido en accionistas o partícipes de la empresa promotora y cuyos derechos son derechos corporativos a recibir dividendos, pero no propiamente derechos de crédito.*

Por otro lado, se deduce también que el contrato de financiación participativa mediante préstamo entre empresa inmobiliaria promotora y clientes de la PFP inversores es *un solo contrato*, sujeto a la legislación propia que resulte aplicable (*arg. ex art. 74.1 LFFE*), en el que existe una pluralidad subjetiva de acreedores, pues estos pueden ceder su derecho de crédito (no su contrato) a la propia PFP, en cuyo caso esta actuará en la reclamación en nombre propio, como efecto de la cesión.

No se celebra, pues, un contrato con cada inversor, como ocurre en el caso del *crowdfunding* inmobiliario financiado mediante contratos de cuentas en participación, sino un solo contrato con la multitud de inversores.

En todo caso, habría que garantizar que la cesión se produce en términos justos para el inversor que prefiere liquidez inmediata y no litigar, ante el incumplimiento del prestatario promotor, teniendo presente que la PFP percibirá los intereses de demora generados durante el procedimiento de reclamación, lo que pienso debería bastar como precio de la venta del crédito a la PFP.

Si la PFP no presta este servicio accesorio, la reclamación judicial y extrajudicial de sus derechos de crédito corresponde a los propios inversores, que al ser inversores minoristas y constituir una pluralidad subjetiva de acreedores pueden tener ciertas dificultades para ejercitar sus derechos de recobro, incluso si media una garantía hipotecaria.

6. COMPROMISO DEL PROMOTOR DE REALIZAR LA ACTIVIDAD

Los promotores, según MORENO SERRANO «se comprometen a *realizar la actividad* tras recibir los fondos solicitados y, en su caso, a efectuar la contraprestación»⁶².

Si partimos de esta afirmación, ello puede conducirnos a concluir que la naturaleza del contrato celebrado con los inversores prestamistas no sea un mero contrato de préstamo. *En efecto, en el caso del crowdfunding inmobiliario la obtención de rendimientos por los inversores depende de que el bien inmueble se adquiera, se construya, se arriende, se venda, etc. Por lo que parece que el promotor asume una obligación de hacer que es medio para satisfacer su obligación de devolución del capital prestado y de abono de los intereses. Esta vinculación de medio a fin no estaría presente en otros proyectos, así en proyectos de consumo o de formación (art. 49.c) LFFE*, y quizás no de forma tan evidente en el caso de otros proyectos empresariales.

*De hecho, la falta de celebración o de consumación del contrato de compraventa del inmueble, o del contrato de obra con la empresa constructora que va a encargarse de levantar el edificio, o la falta de contratación de la rehabilitación del inmueble propiedad de la empresa promotora, o la falta de arrendamiento de los pisos en que se divida, entiendo que podría constituir bien un ilícito civil, bien un ilícito penal (estafa)*⁶³.

V. CONCLUSIONES

1. El *crowdfunding* inmobiliario es una modalidad de *crowdfunding* caracterizada porque el proyecto objeto de financiación participativa es un proyecto inmobiliario.

2. En cuanto a los mecanismos empleados para la financiación del proyecto puede tratarse de préstamos (*crowdlending*), o bien suscripción de acciones o participaciones sociales (*equity crowdfunding*), o mediante contratos de cuentas

en participación (*profit-sharing* o *revenue-sharing crowdfunding*, o *crowdfunding de participación en beneficios*).

3. En cuanto al papel que desempeña la plataforma mediante la que se capta la financiación, esta puede ser una mera intermediaria con el carácter de PFP (*crowdfunding* intermediado regulado por la Ley 15/2015) o bien puede tratarse de una plataforma de la propia empresa promotora (*crowdfunding* directo, no permitido en términos generales por la Ley 15/2015 a las PFP, salvo dentro de ciertos límites).

4. En el *crowdfunding* inmobiliario el riesgo fundamental consiste en que el inmueble no llegue a ser construido, o rehabilitado o alquilado o vendido, y por lo tanto no puedan repartirse beneficios mediante dividendos o no pueda devolverse el préstamo y los intereses. De ahí que el promotor deba asegurar a los inversores la compra del inmueble. Un instrumento particularmente efectivo por su trascendencia jurídico-real es la inscripción en el Registro de la propiedad de un contrato de opción de compra entre futuro vendedor y promotor.

5. En el *crowdfunding* inmobiliario resulta más fácil la presencia de garantías no presentes en otros modelos de financiación participativa, como la hipoteca, la anotación preventiva de crédito refaccionario, los seguros frente a impagos de rentas arrendaticias y la exigencia a los arrendatarios de vivienda de garantías adicionales a la fianza regulada en la LAU.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer.
- APESTEGUÍA, A. (2018). Economía de plataforma: ¿pérdida de derechos para los consumidores? *Otrosí*, 7.^a Época, núm. 1, 44-45.
- ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE FINTECH E INSURTECH (AEFI). *Libro Blanco de la Regulación Fintech en España*. 1-85, disponible en <https://asociacionfintech.es/landing/libro-blanco-fintech-e-insurtech/>
- CUENA CASAS, M. (2018). *Crowdlending* y datos de solvencia patrimonial. *Comunicación pública en el Congreso Innovación Tecnológica, Mercado y protección del consumidor*. Facultad de Derecho, UCM, 10 de mayo de 2018.
- FLORES SEGURA, M. (2017). La protección del inversor en las operaciones de *crowdlending*. *Revista CEF LEGAL*, núm. 202, 5-46 (formato PDF).
- GARCÍA-OCHOA MAYOR, D. y NARVÁEZ BARBA, I. (2016). Economía colaborativa y financiación. *Diario La Ley*, núm. 8807, 1-14 (formato PDF).
- GUIRADO, R. (2018). La responsabilidad de las plataformas colaborativas. *Otrosí*, 7.^a Época, núm. 1, 48-50.
- HERNÁNDEZ SAINZ, E.
- (2017). El *crowdfunding* inmobiliario mediante contratos de cuentas en participación: una fórmula de inversión participativa ¿legal o prohibida? *Revista de Estudios Europeos*, núm., 70, 126-146.
- (2018). *Crowdfunding* inmobiliario. Alternativas para su articulación jurídica y riesgos para el inversor. En: M^a. T. Alonso Pérez (Dir.). *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 229-284.
- 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.

- LÓPEZ ORTEGA, R. (2016). Las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*) en la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 144, 1-24 (formato PDF).
- MALDONADO RAMOS, I. (2018). El *crowdfunding* inmobiliario, ¿colectivización de la propiedad? *El Notario del Siglo XXI*, núm. 79, 25-27.
- MONTERO, J.J. (2018). La regulación de la economía colaborativa. *Otrosí*, 7.ª Época, núm. 1, 32-35.
- 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>
- SÁNCHEZ CALERO, F. y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2017). *Manual de Derecho Inmobiliario Registral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZUNZUNEGUI, F. (2015). Régimen jurídico de las plataformas de financiación participativa (*crowdfunding*). *Revista de Derecho del Mercado Financiero*. 1-32 (formato PDF).

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 MORENO SERRANO, 2017, 120-126. Para diferenciar entre *crowdfunding de inversión* y *de no inversión* «lo relevante desde el punto de vista jurídico, es cómo se lleva a cabo esa financiación, de ahí que se tienda a diferenciar entre el *crowdfunding* de inversión (por ejemplo, préstamos o adquisición de acciones o participaciones) y de no inversión (donaciones, recompensas...), dependiendo de si el *crowd* realiza sus aportaciones en la espera de obtener un beneficio económico o no,...» (MORENO SERRANO, 2017, 124). La Comisión Europea ha elaborado una Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre «Una Agenda para la economía colaborativa» de fecha 2 de junio de 2016. El Comité Económico y Social Europeo ha elaborado un Dictamen sobre «Digitalización y modelos económicos innovadores en el sector financiero europeo, consecuencias para el empleo y la clientela» de 26 de abril de 2017 (DOUE de 28 de julio de 2017). Existe ya una 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 y Anexo de la misma fecha. Así como una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el fomento de la equidad y la transparencia para las empresas que utilizan servicios de intermediación en línea de 26 de abril de 2018 y una Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993 y otras directivas, en lo referente a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE de 11 de abril de 2018.

³ Según GUIRADO, de entre los diversos tipos de plataformas en línea existentes, las plataformas de *crowdfunding* son *plataformas colaborativas puras P2P (peer-to-peer) o de particular a particular*, «en las que la plataforma ofrece el servicio electrónico de servir de espacio para que se conozcan la oferta y demanda, optimizar su búsqueda y la casación de las mejores oferta y demanda» (GUIRADO, 2018, 48). Es decir, prestan un servicio de la sociedad de la información pero no prestan el servicio físico subyacente. «La Comisión Europea y las sentencias recaídas en los asuntos de *BlaBlaCar* y *Airbnb*, subrayan que las plataformas colaborativas «puras» son meramente intermediarios que se limitan a prestar un servicio electrónico de la sociedad de la información». La plataforma, pues, ofrece un

servicio de intermediación «entre dos partes potencialmente interesadas en la celebración —entre ellas— de un contrato, que es el contrato físico subyacente», pero no prestan ese servicio subyacente sino que solo ofrecen a sus usuarios un sistema electrónico que posibilite su encuentro. «De ahí derivan todas las consecuencias respecto a su régimen de responsabilidad, fiscalidad, etc. Pues si las plataformas no prestan el servicio subyacente, difícilmente deberán asumir obligaciones respecto de él, como, por ejemplo, responsabilidad alguna». Para saber si la plataforma presta o no el servicio subyacente habrá que tener en cuenta «el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios». Si la plataforma fija el precio, determina las condiciones contractuales centrales y tiene la propiedad de los activos que permiten prestar la relación subyacente, «hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información)». «Por otro lado, las plataformas colaborativas pueden asistir al prestador de los servicios subyacentes con determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información... Lo importante es que esto, a diferencia del punto anterior, no constituye por sí mismo una prueba de influencia y control por lo que respecta al servicio subyacente, de forma que las plataformas colaborativas pueden incorporarlo a sus servicios sin por ello responsabilizarse de la relación jurídica subyacente» (GUIRADO, 2018, 48-50). La Comisión Europea distingue en «*Exploratory study of consumer issues in peer to peer platform markets*», 2017 (Estudio de problemas de consumo en mercados de plataforma de igual a igual), entre tres tipos de plataformas según su responsabilidad: «las de “alojamiento de anuncios” que no participan en la transacción; las de “gestión activa de las transacciones” que influyen en las mismas pero no las controlan; y las “plataformas de transacciones reguladas”, que corresponden principalmente a las grandes plataformas y se caracterizan por limitar la capacidad de los usuarios de decidir entre ellos las cláusulas contractuales y dan la impresión de que asumen la responsabilidad (parcial) por la ejecución de la transacción» (APESTEGUÍA, 2018, 45). «Las plataformas ocupan la posición central en la economía colaborativa. Su [aparente] éxito reside en utilizar la tecnología digital para reducir lo que los economistas denominan “costes de transacción”, esto es, los costes de publicidad, comunicación, negociación y ejecución del contrato, etc. El uso de internet, aplicaciones y algoritmos permite que la contratación sea tan [peligrosamente] sencilla como hacer un “click” en una aplicación de teléfono móvil». Aglutinan «grandes grupos de prestadores y de usuarios de servicios» y generan «lo que los economistas denominan “efectos de red”», o sea una economía de red «proporcional al volumen de individuos que participan en la plataforma». (MONTERO, 2018, 32).

⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 230 y 231. El reciente Real Decreto-ley 21/2018 de 14 de diciembre, que modificó la LAU 1994, dio nueva redacción a diversos preceptos, estableciendo un nuevo régimen para el arrendamiento de vivienda aplicable a los arrendamientos celebrados entre 19 de diciembre de 2018 (fecha de la entrada en vigor del Real Decreto-ley) y el 22 de enero de 2019, fecha del acuerdo de derogación del Congreso de los Diputados. De acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 9 de la LAU la duración del arrendamiento será la libremente concertada por las partes, pero si esta fuera inferior a cinco años (o a siete años si el arrendador es persona jurídica), existe un derecho de prórroga forzosa a favor del arrendatario de vivienda no suntuaria, hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años o siete años si el arrendador es persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste en plazo su voluntad de no renovación (art. 9.1 LAU). Si la vivienda es suntuaria las partes pueden pactar la inexistencia de este derecho de prórroga forzosa a favor del arrendatario. Se entiende por vivienda suntuaria, de acuerdo con el artículo 4.2 LAU en su nueva redacción, los arrendamientos de vivienda cuya superficie sea superior a 300 m² o en los que la renta inicial anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional anual, los cuales se rigen en primer lugar por la voluntad de las partes; en su defecto, por el Título II de la LAU y supletoriamente por el Código civil. Es decir, para estos arrendamientos el Título II de la LAU no es semiimperativo sino de Derecho dispositivo (de ahí la posibilidad de pactar la inexistencia de este derecho de prórroga forzosa a favor del arrendatario). Si llegada la fecha de vencimiento del contrato o de cualquiera de sus

prórrogas, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación, su voluntad de no renovación, el contrato se prorrogará obligatoriamente durante tres años más. Se trata de una prórroga tácita. Si el arrendamiento se inscribe en el Registro de la Propiedad, el derecho de prórroga forzosa del artículo 9.1 LAU y el de prórroga tácita del artículo 10.1 LAU, perjudicará a todo tercero comprador de la finca, esto es, el arrendamiento le será oponible y no regirá el principio del artículo 1571 Código civil «venta quita renta», es decir, el comprador no tendrá derecho a que se extinga el arriendo sino que tendrá que soportarlo. Para la inscripción del arriendo la finca tendrá que estar inmatriculada e inscrita la propiedad del arrendador. Si el arrendamiento no se inscribe, entonces de acuerdo con el artículo 14 LAU, si el adquirente de finca arrendada reúne los requisitos del artículo 34 LH, el arrendamiento no inscrito no le perjudica (arts. 32 y 34 LH y arts. 7 y 14 LAU, interpretados sistemáticamente). Esto es, se aplica la fe pública registral en beneficio del comprador. Si el arrendamiento está inscrito perjudica al tercero hipotecario y debe subrogarse en la posición del arrendador. Si el arrendamiento no constase inscrito y el adquirente no fuese tercero hipotecario del artículo 34 LH, el arrendamiento, en mi opinión, sí le afectaría (art. 14 LAU *a contrario sensu*, y *arg. ex art. 29 LAU, relativo al arrendamiento de local de negocio*). Lo destacable de la reforma es que contempla expresamente a la persona jurídica como arrendadora y dota en ese caso al arrendatario de un régimen especial (prórroga forzosa a favor del arrendatario de mayor duración). Persona jurídica que puede ser la empresa que solicitó financiación para su proyecto inmobiliario. En la misma idea de dotar de un régimen jurídico especial al arrendamiento verificado por personas jurídicas insiste el Real Decreto-ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que da nueva redacción a diversos preceptos de la LAU. Esta nueva redacción es aplicable a los contratos que se celebren tras su entrada en vigor (prevista para el 6 de marzo de 2019, de acuerdo con la disposición final 3ª y disp. transitoria 1ª). Los contratos celebrados desde el día 22 de enero de 2019, en que se publicó la derogación del Real Decreto-ley 21/2018, de 14 de diciembre, al día 5 de marzo de 2019, se rigen, por lo tanto, por la redacción que dio a la LAU de 1994 la Ley 4/2013, pues la reforma operada por el Real Decreto-ley 7/2019 no tiene efectos retroactivos. Siempre que se trate de arrendamiento de vivienda no suntuaria (*arg. ex* artículo 4.2 LAU), el arrendatario tendrá un derecho de prórroga forzosa (o sea, obligatoria para el arrendador) de hasta 5 años, o 7 años si el arrendador es persona jurídica. En ambos casos, se establece una prórroga tácita posterior de hasta 3 años (arts. 4.2, 9.1 y 10 LAU). Se entiende por vivienda suntuaria «los arrendamientos de viviendas cuya superficie sea superior a 300 metros cuadrados o en los que la renta inicial en cómputo anual exceda de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual». Estos arrendamientos se rigen en primer lugar por la voluntad de las partes, en su defecto, por el Título II de la LAU y supletoriamente, por las disposiciones del Código civil. Por lo que es posible que las partes pacten la inexistencia de prórroga forzosa y que la venta de la vivienda arrendada extingue el arrendamiento, en cuyo caso, no sería aplicable el artículo 14 LAU, al que nos referimos a continuación. En caso de venta de la finca arrendada para uso de vivienda, siendo esta no suntuaria (arts. 4 y 14 LAU), el Real Decreto-ley recupera la excepción a la fe pública registral en favor del arrendamiento no inscrito durante el periodo de prórroga obligatoria de 5 o 7 años (tenga el contrato duración inferior o superior a la misma), de manera que al tercero de los artículos 32 y 34 LH el arriendo no inscrito le perjudicará por dicho plazo debiendo el comprador subrogarse en la posición del arrendador hasta que el arrendatario haya disfrutado la posesión de la vivienda durante un periodo igual a 5 o 7 años. Si el contrato es de duración superior a 5 o 7 años y el comprador no es tercero de los artículos 32 y 34 de la LH, deberá subrogarse por la totalidad de la duración pactada (art. 14.2 LAU). Igualmente, si el contrato figura inscrito (art. 7 LAU) será oponible *erga omnes* y perjudicará al comprador, que deberá subrogarse por la totalidad de la duración pactada.

⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 231.

⁶ «Un listado de las principales plataformas europeas e hispanoamericanas puede consultarse en <https://www.brickfunding.com/es/plataformas> donde se aprecia que esta fórmula ha alcanzado cierto éxito en Francia, México, Chile o Argentina, entre otros países» (HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 231, nota 3). *BrickFunding*, en sus propias palabras es «la plataforma

que agrupa en una sola web todos los proyectos de *crowdfunding* inmobiliario disponibles en internet, permitiendo al inversor global rastrear el mercado internacional en busca de las mejores oportunidades de inversión en las principales ciudades del mundo».

⁷ MORENO SERRANO, 2017, 122.

⁸ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 232, 235-236.

⁹ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 241.

¹⁰ MORENO SERRANO, 2017, 126.

¹¹ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 233 y 236. También sería posible que un particular que operase de forma no profesional, solicitase financiación para rehabilitar inmuebles de su propiedad y arrendarlos después a terceros. En este caso, también estaríamos en presencia de un *crowdfunding* inmobiliario, pues se recurre a la microfinanciación colectiva y a la puesta en común de recursos mediante un portal de internet, y *el proyecto tiene por objeto una actividad inmobiliaria*, si bien al margen de toda actividad empresarial. Se trataría de una actuación enmarcada en la gestión del propio patrimonio personal inmobiliario que, en el ámbito de la LFFE, constituiría probablemente un *proyecto de consumo*. La OCU e instancias europeas como el *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* (BEUC u Oficina Europea de Asociaciones de Consumidores), «llevan tiempo requiriendo a las plataformas que incluyan herramientas para distinguir si los proveedores de la actividad [promotores, en nuestro caso] operan como particulares o profesionales», caso este último en el que es de aplicación el Derecho de Consumo a las relaciones entre el promotor del proyecto inmobiliario y los inversores (APESTEGUÍA, 2018, 45).

¹² HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 238 y 239.

¹³ MORENO SERRANO, 2017, 133.

¹⁴ MORENO SERRANO, 2017, 134.

¹⁵ MORENO SERRANO, 2017, 135.

¹⁶ MORENO SERRANO, 2017, 137. Sobre las PFP en la LFFE, *vid.*, JIMÉNEZ PARÍS, 2018, 2812-2821.

¹⁷ MORENO SERRANO, 2017, 135.

¹⁸ MORENO SERRANO, 2017, 136.

¹⁹ MORENO SERRANO, 2017, 137. De acuerdo con el artículo 48.3 LFFE, «se prohíbe a toda persona, física o jurídica, no autorizada ni registrada como plataforma de financiación participativa el ejercicio de actividades legalmente reservadas a las mismas y *la utilización de sus denominaciones propias o cualesquiera otras que puedan inducir a confusión con ellas*».

²⁰ MORENO SERRANO, 2017, 139. Artículo 55.b) LFFE: «Serán requisitos para que una entidad obtenga y mantenga su autorización como plataforma de financiación participativa los siguientes: ... b) Tener su domicilio social, así como su efectiva administración y dirección, en territorio nacional o en otro Estado miembro de la Unión Europea».

²¹ MORENO SERRANO, 2017, 139.

²² MALDONADO RAMOS, 2018, 27.

²³ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 239. De acuerdo con el artículo 393.1 TRLSC, «salvo acuerdo unánime de los socios, estos tendrán derecho a percibir en dinero la cuota resultante de la liquidación».

²⁴ MALDONADO RAMOS, 2018, 27.

²⁵ RD-Leg. 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y normas que lo desarrollan, así como a la regulación que del mercado primario hacen diversos reglamentos comunitarios, en particular el Reglamento 2017/1129 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores en un mercado regulado, que entrará en vigor el 21 de julio de 2019 (HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 240 y 241).

²⁶ MORENO SERRANO, 2017, 134; HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 241.

²⁷ MORENO SERRANO, 2017, 140. En efecto, de acuerdo con el artículo 391.2 TRLSC, «los liquidadores no podrán satisfacer la cuota de liquidación a los socios sin la previa satisfacción a los acreedores del importe de sus créditos o sin consignarlo en una entidad de crédito del término municipal en que radique el domicilio social».

²⁸ Un comentario a la misma puede verse en JIMÉNEZ PARÍS, 2018.

²⁹ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 268-269.

³⁰ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 269.

³¹ Cfr.: HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 270-271.

³² HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 270-274.

³³ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 275.

³⁴ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 275-276. Artículo 35 TRLMV. Oferta pública de venta o suscripción de valores. 1. Una oferta pública de venta o suscripción de valores es toda comunicación a personas en cualquier forma o por cualquier medio que presente información suficiente sobre los términos de la oferta y de los valores que se ofrecen, de modo que permita a un inversor decidir la adquisición o suscripción de estos valores. 2. *La obligación de publicar un folleto no será de aplicación a ninguno de los siguientes tipos de ofertas, que, consecuentemente a los efectos de esta ley, no tendrán la consideración de oferta pública:* a) Una oferta de valores dirigida exclusivamente a inversores cualificados. b) Una oferta de valores dirigida a menos de 150 personas físicas o jurídicas por un Estado miembro, sin incluir los inversores cualificados. c) Una oferta de valores dirigida a inversores que adquieran valores por un importe mínimo de 100.000 euros por inversor, para cada oferta separada. d) Una oferta de valores cuyo valor nominal unitario sea, al menos, 100.000 euros. e) *Una oferta de valores por un importe total en la Unión Europea inferior a 5.000.000 euros, lo que se calculará en un período de 12 meses.* 3. Cuando se trate de colocación de emisiones contempladas en las letras b), c), d) y e) del apartado anterior, dirigidas al público en general empleando cualquier forma de comunicación publicitaria, *deberá intervenir una entidad autorizada para prestar servicios de inversión a efectos de la comercialización de los valores emitidos. No será de aplicación esta obligación al ejercicio de la actividad propia de las plataformas de financiación participativa debidamente autorizadas». Vid., artículo 50.1.a) y 68 LFFE.* El artículo 50.1.a) entiende por promotor a la sociedad que va a emitir los valores. Vid, sobre esta forma de *crowdfunding* inmobiliario directo, HERNÁNDEZ SAINZ, 2017.

³⁵ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 244.

³⁶ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 276.

³⁷ Artículo 92 LSC: «Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso *tendrán la consideración de valores mobiliarios.* 2. Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y *en ningún caso tendrán el carácter de valores*». Vid, Anexo del TRLMV que no incluye las participaciones sociales como valores negociables.

³⁸ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 277.

³⁹ MORENO SERRANO, 2017, 127.

⁴⁰ Cfr.: HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 242-246.

⁴¹ Sobre mercado secundario para transmitir la participación en el proyecto (crédito frente al promotor, acciones o participaciones sociales de su sociedad), la CNMV ha indicado en el documento «*Preguntas y Respuestas dirigidas a empresas Fin Tech sobre actividades y servicios que pueden tener relación con la CNMV*», última actualización 20 de septiembre de 2018, su posición al respecto. «3.7 *¿Puede una PFP registrada tener en su página web un “market place” donde los inversores puedan comprar y vender las inversiones en los proyectos?* Respuesta CNMV: El artículo 51 de la Ley 5/2015, que regula los servicios tanto principales como auxiliares que puede prestar una PFP, no contempla la posibilidad de que una PFP pueda establecer un sitio virtual a modo de mercado secundario donde los inversores puedan comprar y vender las obligaciones, acciones, participaciones o préstamos adquiridos previamente a través de una PFP. Además, el artículo 52 prohíbe expresamente que las PFP puedan realizar actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión. Sin embargo, el artículo 51.2 contempla la posibilidad de que la PFP habilite canales de comunicación a distancia para que los usuarios, inversores y promotores puedan ponerse en contacto entre sí antes, durante o después de que se haya financiado un proyecto. Por tanto, *en aras de favorecer la liquidez de la inversión, si es posible incorporar en la página web de la PFP información sobre la existencia de un “market place”. Este “market place” no reuniría las características propias de un mercado secundario y consistiría únicamente en la publicación de anuncios de inversores que deseen expresar su intención de vender la inversión que realizaron en algún proyecto publicado en la PFP.* En ningún caso en estos anuncios debe aparecer el precio de

oferta. Asimismo, en la información ofrecida por la PFP se deberá advertir expresamente de que el papel que asume la PFP es únicamente el de facilitar la comunicación entre inversores (potenciales vendedores) y posibles usuarios (potenciales compradores). Además, la PFP indicará de forma destacada que el contacto entre inversores, así como la posible formalización de la compraventa, se deberá realizar al margen y sin intervención alguna de la plataforma y con arreglo a la normativa general que afecte a la transmisibilidad del instrumento utilizado para la financiación (valores, préstamos, participaciones). Los posibles interesados deberían entrar en contacto directo con el oferente y llegar a un acuerdo de forma bilateral. El oferente deberá poner a disposición del posible comprador la información disponible del promotor o, al menos, facilitarle la búsqueda de la misma».

⁴² Vid.: HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 246-268 y FLORES SEGURA, 2017.

⁴³ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 265-266.

⁴⁴ De acuerdo con el artículo 55.c) de la LFFE, las PFP deben revestir la forma de sociedad de capital constituida por tiempo indefinido.

⁴⁵ El artículo 63.1 en relación con el artículo 63.3 LFFE, regula la limitación de la propia PFP y de sus administradores y otras personas vinculadas a la misma, a la participación en proyectos publicados en su página web, con la finalidad de impedir que la sociedad que es PFP controle a la empresa promotora del proyecto, lo que generaría un conflicto de intereses entre la PFP y sus clientes inversores en general. O que sea inversora en alto grado en dicho proyecto, lo que lesionaría su neutralidad en relación con otros proyectos publicados en la PFP y generaría conflicto de intereses con los clientes inversores en dichos otros proyectos. LFFE, artículo 63. *Proyectos vinculados*. 1. «Las plataformas de financiación participativa solo podrán participar en proyectos publicados en su página web de acuerdo con los siguientes requisitos: a) Su participación no podrá superar el 10 por ciento del objetivo de financiación de cada proyecto, ni permitir controlar la empresa en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. b) Las plataformas de financiación participativa informarán a los inversores de forma clara y accesible del importe de su participación, o de la [participación] de las personas relacionadas en el apartado 3, en cada proyecto. Asimismo, publicarán en la web los criterios de su política interna para decidir su participación en los proyectos»...3. «Lo previsto en los apartados anteriores será también de aplicación a los administradores, altos ejecutivos y socios con participación significativa de las plataformas de financiación participativa, y a los cónyuges o personas con quienes estos convivan en análoga relación de afectividad así como a sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; ...». El artículo 63.2 en relación con el artículo 63.3 LFFE limita la posibilidad de la PFP de publicar proyectos de los que la propia PFP sea promotora, en su página web, limitación que se extiende a la publicación de proyectos promovidos por los administradores y otras personas vinculadas a la PFP. LFFE, artículo 63. *Proyectos vinculados*. ...2. Las plataformas de financiación participativa solo podrán publicar proyectos de los que sean promotoras en su propia página web conforme a los siguientes requisitos: a) el objetivo de financiación agregado de dichos proyectos no superará en cada ejercicio el 10 por ciento de los fondos efectivamente recaudados por todos los proyectos de financiación participativa publicados en su página web en el ejercicio inmediatamente anterior. b) Las plataformas de financiación participativa informarán inmediatamente a los inversores de forma clara y accesible de los proyectos de los que ellas o las personas relacionadas en el artículo siguiente fuesen promotores. 3. «Lo previsto en los apartados anteriores será también de aplicación a los administradores, altos ejecutivos y socios con participación significativa de las plataformas de financiación participativa, y a los cónyuges o personas con quienes estos convivan en análoga relación de afectividad así como a sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; respecto de los proyectos de los que sean promotores y sean publicados en las páginas web de sus respectivas plataformas. 4. Las plataformas de financiación participativa no podrán participar en proyectos publicados por otras plataformas de financiación participativa».

⁴⁶ Cfr. MORENO SERRANO, 2017, 128.

⁴⁷ Cfr., MORENO SERRANO, 2017, 132-133.

⁴⁸ Cfr.; MORENO SERRANO, 2017, 47-48.

⁴⁹ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 243-244.

⁵⁰ HERNÁNDEZ SAINZ, 2018, 249-250.

⁵¹ Cfr.: MORENO SERRANO, 2017, 128.

⁵² MORENO SERRANO, 2017, 129.

⁵³ Las arras de desistimiento no asegurarían la adquisición del inmueble con la misma virtualidad que la opción de compra inscrita, pues el artículo 1454 del Código civil señala que «si hubiesen mediado arras o señal en el contrato de compra y venta, podrá rescindirse el contrato allanándose el comprador a perderlas o el vendedor a devolverlas duplicadas». En efecto, las arras de desistimiento constituyen, como señala ALBALADEJO, un medio lícito de desligarse las partes de la obligación, mediante el abandono de las arras por quien las entregó (promotor) o la devolución dobladas por quien las recibió (vendedor). Es decir, estas arras autorizan a no cumplir la obligación asegurada (obligaciones de pago del precio aplazado y de entrega de la cosa vendida derivadas del contrato de compraventa celebrado), conformándose el promotor-comprador con perderlas o el vendedor con devolverlas dobladas. Por ello, podemos decir que facilitan el incumplimiento, ya que se puede no cumplir, sin necesidad de quedar sujeto a indemnización de daños y perjuicios, simplemente perdiendo las arras entregadas (suma de dinero, normalmente). Que las arras hayan sido confirmatorias, penales o de desistimiento depende de lo pactado por los interesados. Si no consta tal voluntad, se consideran de desistimiento (art. 1454 CC). (ALBALADEJO, 2011, 278-280). En cuanto al precontrato de compraventa (art. 1451 CC), la doctrina discrepa sobre su naturaleza y sobre si en caso de falta de cumplimiento voluntario, cabe el cumplimiento forzoso, sustituyendo el fallo judicial el consentimiento que se niega a prestar el interesado, o bien solo cabe exigir indemnización de daños y perjuicios (Vid, ALBALADEJO, 2011, 446-451 y 453-454). Por el contrario «la inscripción atribuye al derecho de opción de compra eficacia *erga omnes*; el concedente puede enajenar o gravar la finca, pero el optante no resultará afectado por tales actos. En virtud de aquella eficacia, si la finca ha sido enajenada y el optante ejercita la opción, el adquirente sufrirá la pérdida de aquella y, si sobre la misma se hubieran constituido gravámenes, el ejercicio de la opción provocará la extinción de los mismos» (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 75). Ello dada la prioridad de rango de la opción, artículo 17 LH, y dado que la titularidad del transmitente aparece en los libros sujeta a eventual resolución en caso de ejercitarse la opción, por lo que los adquirentes de derechos reales posteriores a la opción, adquieren titularidades claudicantes según registro (art. 34 LH a *sensu contrario* y art. 37 LH).

⁵⁴ MORENO SERRANO, 2017, 129.

⁵⁵ MORENO SERRANO, 2017, 129.

⁵⁶ Estas garantías adicionales a la fianza (art. 36.1 y 36.5 LAU) son particularmente importantes si tras el arrendamiento del inmueble se va a proceder a su venta, pues se asegura un buen estado del inmueble y un adecuado precio de venta. Tras el Real Decreto-ley 7/2019, que da nueva redacción a la letra e) del artículo 5, hay que tener en cuenta que «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 específica», queda excluida del ámbito de aplicación de la LAU 1994. También hay que tener presente que podría ser posible que la promotora del proyecto inmobiliario verificara la comercialización de los arrendamientos turísticos, a su vez, a través de alguna plataforma intermediaria en línea.

⁵⁷ Artículo 74.2 LFFE: «Los proyectos basados en préstamos no podrán incorporar una garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual del prestatario». Artículo 87 LFFE: «Las plataformas de financiación participativa no publicarán proyectos en los que los consumidores soliciten un préstamo o crédito con garantía hipotecaria».

⁵⁸ No obstante, según SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ CALERO ARRIBAS, si bien la regla del artículo 26.1^o LH «está plenamente justificada cuando las prohibiciones legales de disponer constituyen el régimen general de determinados bienes ...cuando la prohibición resulta de hallarse los bienes en una circunstancia cuya verificación escapa por completo a la publicidad de la ley [son objeto de un proyecto de *crowdfunding* inmobiliario], parece imprescindible que, para que la prohibición legal de disponer sea efectiva frente a terceros adquirentes de buena fe, el Registro de la Propiedad proporcione a estos alguna forma

de noticia sobre el sometimiento del bien de que se trate a la situación que legalmente lo hace indisponible o limitadamente disponible» (SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS).

⁵⁹ *Vid.*, artículos 7 a 10 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

⁶⁰ En relación con proyectos inmobiliarios financiados mediante préstamos o mediante la emisión de participaciones de sociedades de responsabilidad limitada, las PFP podrán «formalizar los contratos de préstamo y de suscripción de participaciones que se basen en un acuerdo de voluntades, manifestado a través de la PFP, actuando en representación de los inversores» (art. 51.3 LFFE). El precepto se refiere a que la PFP está *autorizada por la ley, sin necesidad de otorgamiento de poder* (y pienso que también obligada) para, en nombre de los inversores, rellenar la *forma ad probationem* procedente (arts. 1278 a 1280 CC), una vez que el consentimiento de los inversores ha quedado plasmado por medios electrónicos a través de la página web (siempre que se trate de préstamo sin garantía real accesorio), facilitando esta formalización el recobro del préstamo, pues la escritura pública que lo documente servirá como título ejecutivo (art. 517.4º LEC).

⁶¹ SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2017, 197-199.

⁶² MORENO SERRANO, 2017, 132.

⁶³ Artículos 248 CP: «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno». artículo 250.1 CP: «El delito de estafa será castigado con las penas de prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses cuando: ... 5º.— El valor de la defraudación supere los 50.000 euros o afecte a un elevado número de personas». Esta pena que se impondría a los administradores sociales no impediría que también se impusiese a la persona jurídica responsable del delito la pena correspondiente según el artículo 251 bis CP.

2. DERECHO MERCANTIL
DERECHO DE CONTRATOS

Reparto de gastos hipotecarios
Distributions of mortgage expenses

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO
*Académico Correspondiente de la Real
Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y Abogado*

RESUMEN: Análisis del reparto de gastos hipotecarios.

ABSTRACT: Analysis of the distribution of mortgage expenses

PALABRAS CLAVE: Gastos hipotecarios.

KEY WORDS: Mortgage expenses.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. VIABILIDAD Y CONSECUENCIAS DEL PLANTEAMIENTO DE UNA POSIBLE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE SOBRE EL REPARTO DE LOS GASTOS ENTRE LAS PARTES UNA VEZ DECLARADA LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA (ENTIÉNDASE, REPARTO DE CADA UNO DE ELLOS, POR EJEMPLO AL 50%).—III. EPÍLOGO.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Existen múltiples pronunciamientos de nuestra jurisprudencia menor que una vez analizada y declarada la abusividad de la cláusula de gastos termina atribuyendo determinados gastos por mitad a la entidad prestamista y al consumidor prestatario en función del *interés compartido* en el acto que ha dado lugar al pago correspondiente.

Se parte generalmente del recurso a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015 que literalmente dice:

«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 (art. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC)».

Así, por ejemplo, ya que la exhaustividad en el análisis de las diferentes sentencias de las Audiencias Provinciales sobre el particular no nos proporciona un mayor valor añadido para la resolución de la cuestión planteada, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 10 de julio de 2018 (Recurso de apelación 0000097/2018), en relación con los gastos notariales (con apoyo normativo en el arancel notarial) prevé que:

a) *Por lo que se refiere a los gastos notariales, decíamos que se ha de acudir a la norma Sexta de Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, que dispone: «La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente». Y razonábamos, «...al margen de que una de las partes haya sido la que tomara la iniciativa a la hora de proponer o elegir una determinada notaría —lo cierto es que no consta quien de las dos hizo realmente el encargo al notario interviniente—. Y no cabe duda de que a ambas partes —prestamista y prestatario— convenía e interesaba la formalización pública, notarial del préstamo hipotecario, o, dicho de otra forma, ambas partes, ostentan la condición de “interesados” a que alude el arancel. El prestatario, por cuanto se beneficia de la concesión de préstamo obtenido en condiciones más favorables que un préstamo sin la garantía real y con una mayor seguridad y protección frente a eventuales incumplimientos por parte de la entidad crediticia, además de que también goza de la mayor información, y la garantía de legalidad e imparcialidad que entraña la intervención notarial (art. 147 RN); y el banco prestamista, porque como antes se dijo, ve protegido el préstamo concedido, con una garantía real de hipoteca y dispone de un título ejecutivo con posibilidad de acceder a una ejecución especial, caso de incumplimiento por el prestatario».*

Y concluíamos, «partiendo, por tanto, de ese interés compartido, del carácter solidario de esta obligación frente a terceros y estando ante un acto de escrituración unitario, lo más equitativo y ajustado a derecho (a falta de pacto válido) —es proceder a un reparto igualitario entre prestatario y prestamista—, que es precisamente, lo que hace la sentencia apelada. Véase que en los casos de pago hecho por varios deudores solidarios el artículo 1145.2 del Código civil y su jurisprudencia interpretativa presume que la deuda se divide entre los deudores por mitad, salvo que resulte claramente otra cosa (SSTS de 22 de julio de 1994, 16 de julio de 2001; 26 de octubre de 2002 entre otras)».

De conformidad con lo argumentado, procede revocar parcialmente la sentencia dictada en primera instancia y, en consecuencia, debemos acordar la obligación de la entidad demandada de restituir a los actores la mitad de los gastos devengados por este concepto».

[El énfasis es nuestro]

En cuanto a los gastos de gestoría (sin norma de apoyo, en este caso, como el Arancel notarial), vuelve sobre el interés compartido y la razonabilidad, la referida sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid al afirmar lo siguiente:

«A propósito de los gastos de gestoría por la tramitación de la escritura en el Registro de la Propiedad y Oficina Liquidadora del Impuesto, razonábamos “—se trata de gastos derivados de una gestión que interesa y beneficia a ambas partes y no a una sola, (la inscripción registral a la prestataria y la liquidación y pago del impuesto al prestatario), por lo que al no estar diferenciado el coste de cada uno de los servicios facturados, lo razonable es que tales gastos, deban ser soportados por ambas partes por igual”. Por tanto, procede en este revocar parcialmente este pronunciamiento y, en consecuencia, acoger parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad de crédito, debiendo esta restituir a los actores la mitad de los gastos devengados por este concepto».

[El énfasis es nuestro]

Respecto de los gastos de tasación (sin norma de apoyo, en este caso, como el Arancel notarial),

«No desconocemos que, conforme a la Ley 2/1981 de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario, la tasación del inmueble es obligatoria para poder constituir una hipoteca en garantía de un préstamo. Ahora bien, tampoco esta ley ni ninguna otra norma señalan a quién ha de corresponder el abono de los gastos de esta tasación en la relación entre prestamista-prestatario. Lo único que dispone esta ley al respecto, en su artículo 3 bis, es que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, estarán obligadas a aceptar cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en la presente Ley y no esté caducada según lo dispuesto legalmente, y ello sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación. De dicha previsión legal no se deriva clara e indubitadamente que sea el prestatario al que corresponda abonar íntegramente, el coste de la tasación y que el Banco solo tenga que sufragar el coste de las comprobaciones extra si se le presenta por el propio cliente una tasación efectuada a su instancia. Por consiguiente, esta previsión legal no enerva la obligación judicial de analizar si esta cláusula que atribuye estos gastos íntegramente al prestatario origina un desequilibrio importante de derechos y obligaciones. Y dicho desequilibrio entendemos se produce en un doble aspecto, primero por tener que abonar el prestatario, íntegramente, este importe junto con todos los demás pese a la posibilidad, facilitada por las normas, de haber repartido equitativamente todos los gastos relativos a la hipoteca cuya constitución, económicamente, solo beneficia al Banco; y en segundo lugar por no haberse dado opción a presentar una tasación propia ni existir negociación en la determinación de la entidad que iba a efectuar la tasación. La tasación del inmueble es requisito imprescindible para la constitución sobre el mismo de la hipoteca que garantiza el préstamo, tratándose de un trámite que interesa por igual a ambas partes, entidad prestamista y prestatario, por las mismas razones precedentemente expuestas al tratar de los aranceles notariales. A falta de negociación individualizada al respecto, parece lógico atribuir su coste por mitad a ambas partes, estimándose en parte este motivo del recurso articulado por la demandante (en este sentido, sentencia de esta misma sección de la Audiencia Provincial de Valladolid de fecha 26 de marzo de 2018)».

II. VIABILIDAD Y CONSECUENCIAS DEL PLANTEAMIENTO DE UNA POSIBLE CUESTIÓN PREJUDICIAL ANTE EL TJUE SOBRE EL REPARTO DE LOS GASTOS ENTRE LAS PARTES UNA VEZ DECLARADA LA NULIDAD DE LA CLÁUSULA (ENTIÉNDASE, REPARTO DE CADA UNO DE ELLOS, POR EJEMPLO AL 50%)

Lo que ha de tomarse como punto de partida es de nuevo la STJUE de 21 de diciembre de 2016, que prevé que:

«la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

Pero a nuestro juicio la labor del juez no solo ha de estar sujeta primordialmente al Derecho de la Unión Europea, sino que hay que descubrir cuáles son los mecanismos utilizados por el mismo a la hora de resolver el asunto en cuestión con el objeto de razonar si los mismos, se ajustan o no al Derecho de la Unión Europea, teniéndose presente que la verdadera prohibición del Derecho de la Unión Europea es la *«reducción conservadora de la validez»*, es decir, que una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y expulsada la misma del contrato se pudiera colmar la laguna contractual mediante la integración del contrato, como de hecho permitía la versión anterior del artículo 83 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

O sea, la prohibición del Derecho de la Unión Europea en materia de consumo, según la reiterada jurisprudencia del TJUE alcanza a la integración del contrato, pero no —a nuestro juicio— a la interpretación del contrato.

Ante dicha situación, en nuestra opinión, hemos de deslindar ante cuál de las labores jurídicas nos encontramos en el presente caso de la cláusula de gastos, con el objeto de verificar si tenemos que efectuar o no el filtro de validez comunitario antes citado, para lo que hemos de distinguir entre interpretación del contrato e integración del contrato¹.

VATTIER FUENZALIDA (*vid. op. cit.*, 498 y 499) aclara las diferencias entre interpretación e integración del contrato en la doctrina alemana, concretamente, en F. LEONHARD² cuando afirma lo siguiente: «por la interpretación se reconstruye la declaración de voluntad únicamente, es una cuestión de hecho situada entre la prueba y la subsunción y se contrapone tanto a esta última como a toda otra modificación de lo acordado por los contratantes por aplicación de las normas dispositivas, incluso a la interpretación integradora. Su objeto es, pues, la reconstrucción de la voluntad exenta de claridad por el exclusivo juego de las escasas normas específicas que la rigen. Por el contrario, la declaración clara, pero con lagunas, lo mismo propias que impropias, es materia de la interpretación integradora, la cual, mediante la reconstrucción conjetural de la declaración a base de la que habría sido la presunta voluntad hipotética de un hombre razonable y prudente, permite llenar el vacío existente en la regulación contractual. Esta operación, por encaminarse al desenvolvimiento de lo pactado, cae fuera de la interpretación en sentido estricto y consiste, en rigor, en el desarrollo del contrato incompleto en atención a su fin a través de una labor hermenéutica netamente objetiva. Por último, la integración consiste pura y simplemente en la aplicación al contrato de las normas supletorias del Derecho dispositivo correspondientes a su tipo. Según esto, los dos extremos del proceso están constituidos por la interpretación ceñida a la declaración de voluntad

oscura o ambigua y por la subsunción del contrato mediante su integración en el cuadro de las distintas fuentes del Derecho supletorio; y entre ambos extremos —entre la interpretación y la integración— está, pues, la posición intermedia de la interpretación integradora».

En la doctrina italiana, sin duda y a los efectos distintivos anteriores, son los trabajos de BETTI³ los que tenemos que traer a colación, tal y como hiciera VATTIER (*vid. op. cit.*, 521 y sigs.). Para el ilustre civilista italiano, la interpretación es una actividad reconocitiva tendente a declarar o explicitar la idea o precepto negocial, según se pueda deducir de la declaración o del comportamiento de los contratantes, encuadrados una u otro en el marco de las circunstancias objetivas que les confiere significado y valor. La interpretación se distingue de la integración en que se encamina no solo a descubrir la voluntad real de las partes en el caso concreto, sino a la reconstrucción del significado objetivo del acto o contrato y se extiende hasta puntos que no fueron objeto de reflexión consciente por los contratantes, mientras que la integración opera, en cambio, exclusivamente sobre los efectos del negocio y por aplicación de las normas supletorias. La diferencia entre una y otra categoría radica, pues, en el objeto, ya que si la interpretación atañe al supuesto mismo del negocio o, en concreto, del contrato, la integración se refiere solamente a sus efectos.

En nuestra doctrina, cabe citar a LACRUZ BERDEJO⁴ para quien la regulación contractual es producto de la interacción tanto de autodeterminaciones de la voluntad privada como de heterodeterminaciones impuestas por el Derecho objetivo, sobre todo en lo que concierne al cumplimiento de las obligaciones emanadas del pacto. Para LACRUZ, solo las primeras son propias de la interpretación, mientras que las últimas son inherentes a la integración del contrato, que se desdobra, a su vez, en la autointegración de las lagunas o vacíos dejados por las partes mediante la refacción del contrato por el juez o mediante la analogía y en la heterointegración de la regla contractual, cuyas fuentes, a la vista de los artículos 1258 y 1289 son la ley, el uso, la buena fe, y tras los criterios que marca el último precepto citado, la nulidad del contrato.

De forma análoga, LÓPEZ LÓPEZ⁵ entiende que: «la integración del contrato tiene como finalidad buscar reglas de la disciplina contractual que la declaración de voluntad no suministra, bien porque aparece lagunosa en un punto o puntos concretos, bien porque el ordenamiento ha predispuesto la entera reglamentación contractual sin conceder la exclusiva de la regulación a la autonomía de los particulares».

GARCÍA AMIGO⁶ dice que: «frente a la interpretación, la integración se diferencia porque aquella se dirige a esclarecer la voluntad normativa de las partes, mientras que la integración tiene por finalidad determinar, una vez patentizada la *Lex Negotii*, el cuadro de las fuerzas normativas que forman la suma integrada por la *Lex Privata* junto a las demás que componen la total norma reguladora de la relación negocial; en tanto la interpretación se mueve en el ámbito de las fuerzas normativas subjetivas, la integración, en cambio, designa el complejo de fuerzas subjetivas —*Lex Privata*— y objetivas —*Lex Publica*— que regulan totalmente la relación negocial; en fin, si la interpretación pretende fijar el contenido del negocio —y, por tanto, un sector de sus efectos—, la integración, en cambio, busca determinar los efectos totales del mismo».

LASARTE ÁLVAREZ⁷ entiende que la integración del contrato no precisa lagunas por cuanto se desprende del artículo 1258 que: «el contenido del contrato se compone necesariamente tanto de lo expresamente pactado, cuando de las consecuencias derivadas de las fuentes heterónomas de integración», puesto

que entre la regla autónoma y el ordenamiento hay un *continuum*, lo mismo cuando dicha regla sea incompleta o insuficiente que cuando contradiga una norma imperativa o la buena fe, ya que para LASARTE ÁLVAREZ la integración consiste en la incardinación del contrato en un ambiente normativo que excede de la disponibilidad de las partes, el cual, una vez concordada la regla autónoma, sin haber sido excluido, hay que considerar aceptado por las partes».

Sobre el alcance y la prevalencia general de la conocida como interpretación integradora del contrato cabe señalar la opinión de BETTI⁸ cuando razona al respecto lo siguiente: «Lo que llamamos interpretación integradora recae sobre puntos de la regulación negocial que, no estando comprendidos en la fórmula, pueden en todo caso comprenderse en la idea que ella expresa, siendo, por ello, encuadrado en el contenido del negocio» (...) «siendo irrelevante, por otra parte, que el declarante en concreto aunque hubiese reflejado aquel punto, estuviera dispuesto a regularlo según la buena fe, el uso social, etc..., porque no se trata de atenerse a una voluntad hipotética, sino únicamente a la posibilidad (y a la carga) de su inteligencia por las partes. Ciertamente, que entre la interpretación dirigida a aclarar el significado y la integración con normas supletorias o dispositivas existen rasgos comunes, pues toman como base la causa para la composición de intereses y en el tipo abstracto de negocio y aplican de conformidad con ello criterios deducidos de fuentes comunes como la buena fe. Pero la interpretación, y esta es la nota esencial que le caracteriza, presupone conceptualmente un dato contenido en el negocio concreto ya implícito, ya explícito, una idea (precepto) del negocio más o menos manifestada con fórmula adecuada. Por el contrario la interpretación con normas supletorias o dispositivos presupone precisamente la falta de un precepto recabable de la fórmula, por lo que se produce en ella una laguna que alcanza a la idea misma (precepto) en la regulación negocial, lo que no se refiere al tipo de negocio, únicamente apoyada en una específica fórmula o cláusula, pero inducida del contenido lógico y práctico del concreto negocio considerado en su conjunto y en conexión con el ambiente social». «Después de cuanto se ha dicho se comprenderá perfectamente que las normas sobre la interpretación, y entre ellas las de interpretación objetiva, tengan precedente lógico sobre las normas supletorias o dispositivas. Así es, porque aquellas se refieren al tipo mismo de negocio, mientras que estas conciernen solo a sus efectos, o sea, a su tratamiento teniendo aquellas la precedencia según el criterio, conforme al cual donde hay una declaración de las partes o cualquier cosa que forme parte integrante de ella (como los criterios deducidos de los usos o de la buena fe), allí no pueden entrar a regir normas que, como las supletorias o dispositivas, provean a disciplinar los efectos del negocio presuponiendo la ausencia de cualquier declaración o de una declaración contraria. En la medida en que alcanza vigor la regulación de las partes, allí no hay lugar para una regulación legal supletoria o dispositiva, o dicho de otra manera, donde se extienda en cualquier medida o tenga vigor la regulación de las partes, se determina aquella solo por medio de la interpretación».

Con el objeto de dotar de pragmatismo a la anterior distinción entre interpretación e integración del contrato, examinamos a continuación el caso de la abusividad de los intereses moratorios.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360), «...se fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fija un interés de demora que suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado...».

Ahora bien, para llegar a la fijación de dicha doctrina jurisprudencial el Tribunal Supremo razona las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo, sobre la base de los siguientes razonamientos:

«Decisión de la Sala. Las consecuencias de la nulidad de la cláusula que fija un interés de demora abusivo

1. *El TJUE ha deducido de la redacción del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE (LCEur 1993, 1071), que los jueces nacionales están obligados a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. El contrato debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible.*

Así lo ha afirmado en las sentencias de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143), asunto C-618/2010, caso Banesto, apartado 65, de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso Asbeek Brusse y de Man Garabito, apartado 57, y 21 de enero de 2015 (TJCE 2015, 4), asuntos acumulados C 482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso Unicaja y Caixabank, apartado 28.

El TJUE ha inferido esta solución de la previsión del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 1993/13/CEE, en relación con su vigésimo cuarto considerando, que impone a los Estados miembro la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores», al considerar que si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en dicho precepto, pues el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales. Por esa razón, el TJUE, en el fallo de la sentencia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/2010, declaró que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

2. *En cuanto a la posibilidad de aplicar de modo supletorio una disposición de Derecho dispositivo de Derecho nacional, una vez declarada la nulidad de la cláusula abusiva y la no vinculación a la misma del consumidor, el TJUE solo ha admitido esta posibilidad cuando sea necesario para que el contrato subsista, en beneficio del consumidor, para evitar que el juez se viera obligado a anular el contrato en su totalidad, y el consumidor quedara expuesto a consecuencias que representarían para él una penalización. Así resulta de lo declarado en sus sentencias de 30 de abril de 2014 (TJCE 2014, 105), asunto C-26/13, caso Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai, párrafos 80 y siguientes y de 21 de enero de 2015 (TJCE 2015,*

4), asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso *Unicaja y Caixabank*, párrafo 33.

3. El TJUE también ha resuelto sobre la improcedencia de la integración del contrato en el caso de que la cláusula abusiva sea la que establece el interés de demora en un contrato de préstamo, pues le fue planteada una cuestión prejudicial con este objeto por un tribunal español. En la sentencia que resolvió esta cuestión, la de 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, caso *Unicaja y Caixabank*, párrafo 29, con cita de la sentencia de 30 de mayo de 2013 (TJCE 2013, 145), asunto C-488/11, caso *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, párrafo 59, el TJUE declaró que el artículo 6.1 de la Directiva 1993/13/CEE no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena convencional impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación a este de la referida cláusula. Y en el apartado 34 añadió que en los litigios principales (procedimientos de ejecución hipotecaria) la anulación de las cláusulas que establecían el interés de demora no podía acarrear consecuencias negativas para el consumidor (que era la única justificación para que se integrara el contrato mediante la aplicación supletoria de normas de Derecho dispositivo, para evitar la nulidad total del contrato en perjuicio del consumidor), ya que los importes en relación con los cuales se iniciaron los procedimientos de ejecución hipotecaria serán necesariamente menores al no incrementarse con los intereses de demora previstos por dichas cláusulas.

4. La conclusión que se extrae de las sentencias del TJUE que interpretan los preceptos de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores es que la consecuencia de la apreciación de la abusividad de una cláusula abusiva es la supresión de tal cláusula, sin que el juez pueda aplicar la norma supletoria que el Derecho nacional prevea a falta de estipulación contractual, y sin que pueda integrarse el contrato mediante los criterios establecidos, en el Derecho español, en el artículo 1258 del Código civil (LEG 1889, 27), salvo que se trate de una cláusula necesaria para la subsistencia del contrato, en beneficio del consumidor, lo que no es el caso de las cláusulas que establecen el interés de demora, cuya supresión solo conlleva la minoración de la cantidad a pagar por el consumidor al profesional o empresario».

Ante lo anterior, la cuestión a debatir está plenamente servida ya que declarada la nulidad por abusiva de la cláusula de interés moratorio se ha de estar al recurso del interés remuneratorio pactado por las partes en el contrato o bien a la aplicación del artículo 1108 del Código civil, es decir, la referida declaración de nulidad supone la existencia de una laguna contractual a resolver según los parámetros indicados anteriormente⁹.

El Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 11 de junio de 2015 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA contra Fernando Quintano Ujeta y María-Isabel Sánchez García. Petición de decisión prejudicial: Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander. Asunto C-602/13) enjuició un caso al respecto. El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Santander decidió suspender un procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales, en lo que ahora nos atañe:

1. Si de conformidad con la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, y en particular de sus artículos 6.1 y 7.1, a fin de garantizar la protección

de consumidores y usuarios de acuerdo con los principios de equivalencia y efectividad cuando un juez nacional aprecie la existencia de una cláusula contractual abusiva sobre el interés moratorio debe extraer como consecuencia la invalidez de todo tipo de interés moratorio, inclusive el que pueda resultar de la aplicación supletoria de una norma nacional como pueda ser el artículo 1108 del Código civil, la DT 2.^a de la Ley 1/2013, en relación con el artículo 114 de la Ley Hipotecaria, o el artículo 4 del RDL 6/2012 y sin entenderse vinculado por el recálculo que pueda haber realizado el profesional conforme [a] la DT 2.^a de la [Ley 1/2013].

2. Si la disposición transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 debe interpretarse en el sentido de que no puede constituirse en obstáculo a la protección del interés del consumidor.

El referido Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, había establecido que: (42) el ámbito de aplicación de la disposición transitoria segunda de la Ley 1/2013 y del artículo 4, apartado 1, del Decreto-ley 6/2012 se extiende a todo contrato de préstamo hipotecario, mientras que el ámbito de aplicación del artículo 1108 del Código civil se extiende a todo contrato consistente en un crédito dinerario, de modo que estos dos ámbitos de aplicación son distintos del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13, el cual se refiere únicamente a las cláusulas abusivas contenidas en los contratos celebrados entre un profesional y un particular. *De ello se deduce que la aplicación de las citadas disposiciones nacionales no prejuzga en modo alguno la apreciación por el juez nacional del carácter abusivo de una cláusula que fija los intereses moratorios (...)* (45) *Así pues, no cabe sino considerar que, en la medida en que las normas nacionales a que se refiere el Juzgado remitente no impiden que el juez nacional, al conocer sobre una cláusula abusiva, pueda cumplir su función y dejar sin efecto dicha cláusula, la Directiva 93/13 no se opone a la aplicación de tales normas nacionales.*

Y termina razonando el referido Auto del TJUE, lo siguiente:

«De las consideraciones expuestas se deduce que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a normas nacionales que prevean la facultad de moderar los intereses moratorios en el marco de un contrato de préstamo hipotecario, siempre que la aplicación de tales normas nacionales:

- no prejuzgue la apreciación del carácter «abusivo» de la cláusula sobre intereses moratorios por parte del juez nacional que conozca de un procedimiento de ejecución hipotecaria relacionado con dicho contrato, y*
- no impida que ese mismo juez deje sin aplicar la cláusula en cuestión en caso de que llegue a la conclusión de que es «abusiva» en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la citada Directiva».*

Aunque no de una forma concluyente y pese a recordar anteriormente toda su doctrina sobre la prohibición de la reducción conservadora de la validez, en nuestra opinión, la conclusión a la que llega el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este Auto no es tan tajante como la ofrecida en sentencias anteriores e incluso en el propio Auto donde se reitera que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma. En efecto, el contrato de

que se trate debe subsistir, en principio, sin otra modificación que la resultante de la supresión de las cláusulas abusivas, en la medida en que, en virtud de las normas del Derecho interno, tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible (sentencias Banco Español de Crédito, C618/10, EU:C:2012:349, apartado 65, y Asbeek Brusse y de Man Garabito, C488/11, EU:C:2013:341, apartado 57, así como Unicaja Banco y Caixabank, C482/13, C484/13, C485/13 y C487/13, EU:C:2015:21, apartado 28)¹⁰.

Es decir, por nuestra parte, estimábamos¹¹ que con la doctrina de este Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no se impide por tanto que ante la cláusula abusiva de intereses moratorios, el juez nacional pueda colmar ese interés moratorio mediante la aplicación del interés legal supletorio al que alude el artículo 1108 del Código civil, ya que esa posibilidad de actuación no estaría impidiendo a la autoridad judicial prejuzgar sobre el carácter abusivo de la cláusula de intereses moratorios ni dejar sin efecto dicha cláusula abusiva de intereses moratorios.

En la doctrina, una primera postura aboga por sostener que eliminada la cláusula abusiva de los intereses moratorios (causante de un desequilibrio importante para el consumidor, en los términos del art. 82.1 del TRLGDCU), la laguna aparecida debe colmarse mediante la aplicación del interés legal del dinero, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1108 y 316 del Código de Comercio, mientras que la otra opinión sostiene que dicha laguna contractual se salva mediante la aplicación de los intereses remuneratorios pactados, dado que reflejan mejor la voluntad de las partes, acudiendo para ello a la conocida interpretación integradora del contrato¹².

La discusión se plantea en primer lugar sobre la interpretación del artículo 1108 del Código civil, como norma de derecho supletorio, sobre si esta se refiere o requiere la existencia de un pacto específico sobre los intereses moratorios (MIQUEL GONZÁLEZ), o bien, si se refiere a que el pacto específico requerido no es solo el de los intereses moratorios sino también puede ser el de los intereses remuneratorios (PANTALEÓN PRIETO).

El segundo elemento de debate introducido reside en la jerarquía de la conocida interpretación integradora del contrato sobre las normas de derecho supletorio, tanto desde un punto de vista general, como especial para el caso del ámbito de aplicación de las cláusulas abusivas.

Las soluciones que se venían dando en la práctica por nuestros Juzgados, antes de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015, 1360), venían siendo las siguientes, en palabras del propio Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017:

Algunos acordaban que cuando el prestatario incurría en mora (situación en la que, por lo general, el prestamista hacía uso de su facultad de dar por vencido anticipadamente el préstamo, aunque eso no fuera imprescindible para que se devengara el interés de demora), si la cláusula que establecía el interés de demora era abusiva, el préstamo dejaba de devengar interés alguno, tanto remuneratorio como de demora.

Otros tribunales acordaban que cuando se declaraba la abusividad del interés de demora, el préstamo devengaba el interés legal o el interés fijado con arreglo a algún otro criterio, como por ejemplo el previsto en el artículo 20.4 de la Ley de contratos de crédito al consumo o en el artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria, a los que se ha hecho referencia.

Finalmente, otros tribunales acordaban que solo se siguiera devengando el interés remuneratorio.

Pues bien, la Sala de Pleno del Tribunal Supremo en su Auto de fecha 22 de febrero de 2017, plantea cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el particular, en los siguientes términos:

1.º) *Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, y 4.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que declara que la cláusula de un contrato de préstamo que establece un tipo de interés de demora que suponga un recargo de más de un 2% sobre el tipo del interés remuneratorio anual fijado en el contrato constituye una indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que se ha retrasado en el cumplimiento de su obligación de pago y, por tanto, es abusiva?*

2.º) *Los artículos 3, en relación con el anexo 1.e, 4.1, 6.1 y 7.1 de la Directiva 93/13/CEE, ¿se oponen a una doctrina jurisprudencial que, al enjuiciar la abusividad de una cláusula de un contrato de préstamo que establece el tipo de interés de demora, identifica como objeto del control de abusividad el recargo que dicho interés supone respecto del interés remuneratorio, por constituir la «indemnización desproporcionadamente alta impuesta al consumidor que no ha cumplido sus obligaciones», y establece que la consecuencia de la declaración de abusividad debe ser la supresión total de dicho recargo, de modo que solo se siga devengando el interés remuneratorio hasta la devolución del préstamo?*

3.º) *En caso de que la respuesta a la pregunta segunda fuera negativa: la declaración de nulidad de una cláusula que establece el tipo de interés de demora, por abusiva, ¿debe tener otros efectos para que sean compatibles con la Directiva 93/13/CEE, como por ejemplo la supresión total del devengo de interés, tanto remuneratorio como moratorio, cuando el prestatario incumple su obligación de pagar las cuotas del préstamo en los plazos previstos en el contrato, o bien el devengo del interés legal?*

El criterio del Tribunal Supremo que se deduce en este Auto del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2017 en el planteamiento de esta cuestión prejudicial sobre el asunto de los intereses moratorios es que ante la abusividad de la cláusula de intereses de demora han de fijarse los mismos mediante la adición de dos puntos porcentuales a los intereses remuneratorios existentes no es contrario al Derecho de la Unión Europea; que los intereses remuneratorios han de pagarse al tener causa distinta de los moratorios para no incentivar la falta de cumplimiento de los deudores y que no es aplicable el interés legal del dinero.

Finalmente, el día 7 de agosto de 2018 el TJUE dictó la sentencia en la que, resolviendo los asuntos C-96/16 y C-94/17, declaró la conformidad con el Derecho europeo de la jurisprudencia establecida por la Sala Primera del Tribunal Supremo en sus sentencias 265/2015, de 22 de abril, 470/2015, de 7 de septiembre, 469/2015, de 8 de septiembre, 705/2015, de 23 de diciembre, 79/2016, de 18 de febrero y 354/2016, de 3 de junio, sobre en qué casos y con qué consecuencias jurídicas han de declararse abusivas las condiciones generales en materia de intereses de demora en los contratos de préstamo. Declaró el TJUE:

«La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en el litigio principal, según la cual una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor, que establece el tipo de interés de demora aplicable, es abusiva por imponer al consumidor en mora una indemnización de una cuantía

desproporcionadamente alta, cuando tal cuantía suponga un incremento de más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio.

La Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una jurisprudencia nacional, como la del Tribunal Supremo cuestionada en los litigios principales, según la cual la consecuencia del carácter abusivo de una cláusula no negociada de un contrato de préstamo celebrado con un consumidor que establece el tipo de interés de demora consiste en la supresión total de los intereses de demora, sin que dejen de devengarse los intereses remuneratorios pactados en el contrato».

Tras la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es necesario recordar, las palabras del profesor PANTALEÓN PRIETO¹³ cuando decía en su momento lo siguiente:

«En fin, asumiendo las mismas premisas, yo me he permitido avanzar la solución de que la laguna así producida en el contrato de préstamo debería integrarse mediante una interpretación integradora del mismo, en el sentido de que se devengarían intereses moratorios al mismo tipo que el que estuviese pactado en el contrato para los intereses remuneratorios. Que es el resultado, muy razonable en mi modesta opinión, al que llegó la arriba citada sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015».

Por lo tanto, si la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018 está declarando a conforme a la Directiva 93/13, en mi opinión, está declarando la conformidad de una interpretación integradora del contrato sin entrar en el criterio absoluto de la prohibición de su hasta ahora férrea doctrina de la no integración del contrato, ello, debería servir de argumento favorable a dicha decisión desde las diferencias existentes entre la integración y la interpretación contractual.

De nuevo para un mejor entendimiento de lo anterior, volvemos a utilizar las siguientes reflexiones del profesor PANTALEÓN PRIETO¹⁴ vertidas a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018:

«Me atrevo a imaginar que la Sala Primera del Tribunal Supremo hubiera preferido, ya en su inicial sentencia 265/2015, de 22 de abril:

a) Asumir la procedencia de integrar la laguna del contrato generada por tener por no puesta la condición general abusiva sobre intereses de demora; pero sin practicar, claro es, una «reducción conservadora de la validez» de esa cláusula, lo que excluye la solución «interés de demora = interés remuneratorio más dos puntos porcentuales».

b) Preferir para integrar dicha laguna, por razones prácticas evidentes, una solución de liquidación *a forfait*; en lugar de acudir al efecto a las reglas generales de determinación de la cuantía de la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de cualquier obligación) contractual.

c) Y considerando la solución «interés de demora = interés remuneratorio» preferible a la solución «interés de demora = interés legal», por corresponder aquella mejor a lo que razonablemente habrían pactado al respecto prestamista y prestatario actuando ambos de manera leal y equitativa:

d) O bien, integrar la referida laguna con la norma del artículo 1108 del Código civil, interpretando sus expresiones «*intereses convenidos*» y «*a falta de convenio*» en el sentido de que no requieren que los intereses estén convenidos

específicamente como moratorios: que, para excluir la aplicación subsidiaria del «*interés legal*», basta que exista convenio sobre los intereses remuneratorios.

e) O bien, acudir a tal efecto a la interpretación integradora del contrato, aceptando su aplicabilidad en este ámbito, y con preferencia a las normas de Derecho dispositivo. Una preferencia que, con carácter general, bien puede deducirse del artículo 1287 del Código civil: los usos de los negocios sirven para suplir, en los contratos, la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse.

f) Para llegar, por una vía u otra, a cubrir la laguna del contrato con una solución análoga a la usual, en la jurisprudencia, para los casos de retraso del arrendatario en restituir al arrendador la cosa dada en arrendamiento tras la terminación del contrato: aquel debe pagar a este una indemnización igual a la resultante de aplicar la renta pactada al tiempo de demora en la restitución [cf. por ejemplo las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo 301/2008, de 8 de mayo, y 167/2012, de 16 de marzo]. En sentido económico, el préstamo no es sino el arrendamiento de un capital.

(...) Lo único lógico es suponer que el Sr. Wahl y el Tribunal de Justicia:

i) Comprendieron que no podían imponer al Reino de España una solución tan insensata como «interés de demora = 0», que incentivaría temerariamente los incumplimientos de los prestatarios.

ii) Pero no quisieron abandonar con carácter general su «doctrina de la no integración», que impondría dicha solución. Y no quisieron siquiera pronunciarse expresamente en el sentido de que la aplicación de dicha doctrina podría quedar exceptuada por razones de interés general, distintas de la mejor protección de los consumidores afectados.

iii) Por lo que decidieron aceptar la solución del Tribunal Supremo español y, con pocas palabras propias, el núcleo de su ingeniosa construcción jurídica, cerrando los ojos ante las dosis de contradicción interna arriba señaladas».

Pese a ello, estimo que sería prudente a los efectos de adoptar una decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial sobre el tema de los gastos hipotecarios, esperar a conocer cómo se va a seguir defendiendo en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la conocida «doctrina de la no integración» en la sentencia que está por venir en materia de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario.

En este sentido, consideramos que en sede teórica y con base a la distinción entre la interpretación e integración del contrato, no existiría viabilidad para el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de la autoridad judicial, en este caso, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que la interpretación contractual que se está realizando consistente en la búsqueda del «*interés común de las partes*» no resulta contradictoria con la «*doctrina de la no integración*» del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Para comprender lo anterior, volvemos de nuevo al análisis del supuesto concreto, a saber, los gastos hipotecarios (vgr. aranceles notariales, gastos de tasación, gastos de gestoría...) hemos visto como la conocida como jurisprudencia menor realiza la distribución de los mismos en función de la búsqueda del interés de las partes contratantes en el acto concreto que genera el gasto.

Sobre la interpretación y la búsqueda de la común intención de las partes, utilizamos las palabras del profesor MIQUEL GONZÁLEZ¹⁵, cuando dice lo siguiente:

»En las citadas normas existen criterios de interpretación subjetiva y de interpretación objetiva. El fundamental artículo 1281 del Código civil marca

la pauta de la interpretación de los contratos: prevalece la común intención de las partes:

«Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas.

Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas».

La primera regla de este precepto tiene como supuesto de hecho que los términos del contrato sean claros y no dejen duda sobre la intención de las partes, entonces se está al sentido literal, porque en esta hipótesis los términos coinciden con la voluntad. La segunda regla parte de que la intención de las partes sea evidente, y, sin embargo, ciertas palabras parezcan contrarias a ella, entonces prevalece la intención sobre esas palabras. Por consiguiente, siempre prevalece la intención común de las partes, una vez porque coincide con el sentido literal, y otra, a pesar de que no coincida. Sin embargo, para que el sentido literal quede descartado, tiene que ser evidente la intención común de las partes, lo que significa que la carga de la prueba de esa intención común contraria al sentido literal incumbe a quien la alegue».

Con ánimo de realizar dicha misión interpretativa, el artículo 1281 del Código civil prevé lo siguiente: *«Si los términos de un contrato son claros y no dejan dudas sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas».* Es pues, la búsqueda de la voluntad real de los contratantes la que subyace como primera misión del intérprete, sin que a ello obste el referido aforismo *«in claris non fit interpretatio»*, ya que este aforismo debe ser entendido en el sentido propuesto a continuación, porque afirmar la claridad de una cláusula negocial sin más, sin indagar la voluntad real de las partes, ya implica una primera labor interpretativa, tratándose de impedir únicamente que sea tergiversada una declaración de voluntad realmente clara (*vid.* art. 57 del Código de Comercio). Como es conocido, el recurso al referido aforismo se ha venido realizando para evitar las denominadas «cavilaciones de los abogados» que impidan la tergiversación de un texto claro^{16, 17}».

El resultado hermenéutico anteriormente propuesto es idéntico si acudimos al que nos proporciona la *«voluntas spectandae»*, para cuya averiguación hemos de acudir en primer lugar al artículo 1281.2 del Código civil para conocer primeramente su alcance cuando manifiesta *«...si las palabras parecieren abiertamente contrarias a la intención de los contratantes se dará preferencia a esta sobre aquellas»*, regla interpretativa que según LÓPEZ Y LÓPEZ¹⁸ debe entenderse del siguiente modo: *«...establecer que las palabras son abiertamente contrarias a la intención de los contratantes es igual que determinar que contradicen su evidente intención. Y para hacerlo, hay que conectar con puntos de referencia hermenéutico distintos a la literalidad de las cláusulas. La pequeña digresión viene a cuento para fijar que el adjetivo «evidente» que emplea el párrafo 2.º del actual artículo 1281 no quiere decir otra cosa que «deducida racionalmente» de todos los elementos de juicio que tenga el intérprete, y principalmente de los actos de los contratantes, coetáneos y posteriores al contrato, que consten suficientemente probados, con respecto a los cuales y para desvelar su significado el protagonista de la tarea interpretativa, debe utilizar las reglas de interpretación que el propio Código suministra...».*

Así pues, dicho artículo 1281.2 del Código civil debe ser íntimamente conectado con lo dispuesto en el artículo 1282 del Código civil, que prescribe lo siguiente:

«Para juzgar la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato». Respecto del cual, LÓPEZ Y LÓPEZ¹⁹ afirma que: «...Posiblemente el Código piensa que lo más significativo son los actos de los contratantes coetáneos y posteriores, y a ellos subordinado, el tenor literal (casi el 100 por cien de las veces, la escritura), pero no impide utilizar datos que ni sean actos, en su sentido más estricto (vgr., un borrador no es un acto) ni que esos actos sean anteriores al contrato».

Por último, si efectivamente no pudiera hallarse la voluntad común de las partes, en atención a lo previsto en el artículo 1281 del Código civil, hay que contar con la importante regla hermenéutica que nos brinda el artículo 1289 del Código civil, para efectuar la atribución de dichos gastos dada la mayor reciprocidad de intereses que ha de presidir la interpretación del contrato oneroso, como el presente, que expresamente prevé lo siguiente:

«Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses.

Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

[El énfasis es nuestro]

El artículo 1289 del Código civil, es una norma de interpretación objetiva que cumple una finalidad de cierre, en el sentido de establecer un criterio por el cual encuentren definitiva solución los problemas hermenéuticos que no hayan podido ser resueltos a través de los criterios que expresan las anteriores reglas legales de interpretación del contrato. Obsérvese que el precepto nos dice que se aplicará «cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes», carácter de absoluta subsidiariedad que ha sido afirmado por la jurisprudencia.

De acuerdo con lo anterior y atendiendo al artículo 1289 del Código civil para justificar el abono de gastos notariales por mitad, podemos citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 8 de marzo de 2018 (Roj: SAP VI 68/2018 - ECLI: ES:APVI:2018:68), que expresamente prevé lo siguiente:

De la precedente doctrina jurisprudencial podemos deducir que la resolución de instancia, en cuanto repercute de forma equivalente los gastos entre ambas partes, es ajustada a derecho y establece un razonable equilibrio contractual, en relación con los gastos notariales, relevantes para el interés de ambos en los términos que expresa la jurisprudencia citada y que resultan razonablemente imputables por mitad como resultado asimismo de lo regulado en el artículo 1138 del Código civil y ajustados a los criterios de equilibrio, buena fe y mayor reciprocidad de intereses, artículo 1289 del Código civil, como criterio interpretativo de las obligaciones integradas en contratos onerosos».

[El énfasis es nuestro]

Otra cuestión será que en el sector de la contratación con consumidores hayamos de tener presente que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones

Generales de la Contratación (LCGC) y Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (LGDCU), que en su articulado recogerán el principio de la interpretación de los contratos a favor del cliente, usuario o consumidor, siempre que exista ambigüedad parcial o total del contrato, sea imposible conocer la voluntad de las partes y el contrato haya sido redactado de forma unilateral por el empresario y sin intervención del consumidor o usuario.

La regla de interpretación *contra proferentem* se ha aplicado con reiteración por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a contratos de adhesión como los de seguro y está relacionada con la especial protección que confieren a los consumidores preceptos como el artículo 10.2 LCU (actual artículo 80.2, del Texto Refundido) en que expresamente se ordena que «en caso de duda sobre el sentido de una cláusula prevalecerá la interpretación más favorable para el consumidor».

III. EPÍLOGO

Estimamos que en sede teórica y con base a la distinción entre la interpretación e integración del contrato, no existiría viabilidad para el planteamiento de la cuestión prejudicial por parte de la autoridad judicial, en este caso, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, puesto que la interpretación contractual que se está realizando consistente en la búsqueda del «*interés común de las partes*» y «*la mayor reciprocidad de intereses*» no resulta contradictoria con la «*doctrina de la no integración*» del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ya que lo que se encuentra prohibido en virtud de esta «*doctrina de la no integración*» es la integración del contrato pero no la interpretación del mismo. Pese a ello, estimo que sería prudente a los efectos de adoptar una decisión sobre el planteamiento de la cuestión prejudicial en el tema de los gastos hipotecarios, esperar a conocer cómo se va a seguir defendiendo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la conocida «*doctrina de la no integración*» en la sentencia que está por venir en materia de la cláusula de vencimiento anticipado del préstamo hipotecario.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, <http://almacendederecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/>), <http://almacendederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> y <http://almacendederecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>
- BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por J.L. De los Mozos, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975.
- CAFFARENA LAPORTA. El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil*, 1985-IV.
- DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio Jurídico*. Civitas.
- GARCÍA AMIGO. Integración del negocio jurídico. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 23, 1983.
- LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil, II-2*, con la colaboración de LUNA SERRANO y DELGADO ECHEVARRÍA, Barcelona, 1977.

- LASARTE ÁLVAREZ. Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la STS de 27 de enero de 1977). *Revista de Derecho Privado*, 1980.
- LEONHARD. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, (ACP), 1920.
- LÓPEZ LÓPEZ. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVII-2 dirigidos por Albadalejo, Madrid, 1981.
- MIQUEL GONZÁLEZ. <https://almacenederecho.org/lecciones-la-interpretacion-los-contratos/>
- PANTALEÓN PRIETO. <https://almacenederecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>, <https://almacenederecho.org/de-nuevo-sobre-los-intereses-moratorios-abusivos-en-contratos-de-prestamo/>
- REDONDO TRIGO. Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 91, n.º 751, 2015.
- SERRA RODRÍGUEZ. Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, núm. 2153, abril de 2013.
- VATTIER FUENZALIDA. La interpretación integradora del contrato en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 1987-II.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015
- Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016
- Auto del Tribunal Supremo de fecha 22 de febrero de 2017
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vitoria de 8 de marzo de 2018
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 10 de julio de 2018
- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018

NOTAS

¹ Acerca de la interpretación integradora del contrato, *Vid.* CAFFARENA LAPORTA. El requisito de identidad del pago en las obligaciones genéricas. *Anuario de Derecho Civil*, 1985-IV, 922 y sigs.; VATTIER FUENZALIDA. La interpretación integradora del contrato en el Código civil. *Anuario de Derecho Civil*, 1987-II, 495 y sigs.

² F. LEONHARD. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*, (ACP), 1920.

³ BETTI. *Teoría general del negocio jurídico*, 237 y sigs.; e, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, 367-369.

⁴ LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho Civil*, II-2, con la colaboración de LUNA SERRANO y DELGADO ECHEVARRÍA, Barcelona, 1977, 228-229, 231-232 y 233.

⁵ LÓPEZ LÓPEZ. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVII-2 dirigidos por Albadalejo, Madrid, 1981, 5.

⁶ GARCÍA AMIGO. Integración del negocio jurídico. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 23, 1983, 76 y 82.

⁷ LASARTE ÁLVAREZ. Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación. (En torno a la T.S de 27 de enero de 1977). *Revista de Derecho Privado*, 1980, 73.

⁸ BETTI. *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, traducción y prólogo por J.L. De los Mozos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1975, 368 y sigs.

⁹ Para un resumen de las posiciones doctrinales e incluso judiciales, *vid.* SERRA RODRÍGUEZ. Cláusulas abusivas en los contratos de crédito al consumo. *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVII, n.º 2153, abril de 2013.

¹⁰ El profesor ALFARO ÁGUILA-REAL quien ha introducido un rico debate al respecto en su blog y del que sin duda es deudor quien escribe, opina sobre la conclusión del referido Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre este particular (<http://almacendderecho.org/el-tribunal-de-justicia-decide-mediante-auto-una-cuestion-prejudicial-sobre-intereses-moratorios-y-clausula-de-vencimiento-anticipado/>), que: «En definitiva, hay que entender que da la razón a aquellos tribunales españoles que vienen sustituyendo la cláusula nula de intereses moratorios por lo dispuesto en el artículo 1108 del Código civil y no sabemos si también a la reciente doctrina del Tribunal Supremo respecto de la posibilidad de aplicar, en sustitución de la cláusula abusiva, el interés remuneratorio pactado».

¹¹ REDONDO TRIGO. Las cláusulas abusivas de intereses moratorios ante la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2015 y el Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de junio de 2015. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 91, n.º 751, 2015, 3018-3028.

¹² La exposición de estas posturas expuestas por los Profesores MIQUEL GONZÁLEZ, PANTALEÓN PRIETO y ALFARO ÁGUILA-REAL, pueden encontrarse en: <http://almacendderecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/> y <http://almacendderecho.org/mas-sobre-intereses-moratorios-abusivos/>

¹³ PANTALEÓN PRIETO. <https://almacendderecho.org/mas-sobre-la-integracion-del-contrato-tras-la-anulacion-de-la-clausula-abusiva-de-intereses-moratorios/>

¹⁴ PANTALEÓN PRIETO. <https://almacendderecho.org/de-nuevo-sobre-los-intereses-moratorios-abusivos-en-contratos-de-prestamo/>

¹⁵ MIQUEL GONZÁLEZ. <https://almacendderecho.org/lecciones-la-interpretacion-los-contratos/>

¹⁶ *Vid.* DE CASTRO Y BRAVO. *El Negocio Jurídico*. Civitas, 83.

¹⁷ No obstante, la posición de la jurisprudencia en este punto ha sido tradicionalmente vacilante (*Vid.* DE CASTRO, *op. cit.*, 84 y 85). Una línea afirmando como indiscutible la preferencia del sentido literal, siendo los términos claros, viene dada por las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1925, 18 de abril de 1931, 30 de marzo de 1953, 8 de febrero de 1954, 30 de enero de 1957, 4 de diciembre de 1963, 8 de febrero de 1964, 30 de junio de 1965, 26 de marzo de 1974, 1 de abril de 1976, entre otras. Una segunda línea, con mayor acierto, afirman que pese a todo ha de estarse a la conducta de las partes contratantes, como la sentencia de 20 de abril de 1931, 20 de abril de 1944, 28 de abril de 1964, 30 de abril de 1966 y 27 de octubre de 1966.

¹⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII. Vol. 2.º. Artículos 1281 a 1314 del Código civil. Editorial Revista de Derecho Privado, 1981, 30.

¹⁹ *Vid. op. cit.*, 32.

3. URBANISMO

Procedimiento expropiatorio de fijación de justiprecio y doble inmatriculación

Valuation procedure regarding expropriated assets and double registration

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019 permite detenerse en la posible insuficiencia de la mera consignación en la Caja General de Depósitos del importe del justiprecio en los casos de fincas sujetas a expropiación doblemente inmatriculadas cuando desde el inicio del procedimiento para su fijación no se hubiera actuado con los respectivos titulares registrales como interesados, exigencia ineludible impuesta para la plena salvaguarda de los derechos respectivos dado el carácter necesariamente contradictorio del conjunto del procedimiento de fijación de justiprecio en virtud del cual resulta obligado que sea oído quien en tales situaciones reúna finalmente la condición de expropiado, lo cual, por lo demás, resulta particularmente procedente cuando al amparo del artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa corresponde la condición de propietario y, consiguientemente, de interesado a quien con tal carácter conste en los registros públicos que produzcan presunción de titularidad.

ABSTRACT: *The judgment of the Supreme Court of February 1, 2019 allows to analyze the possible insufficiency of the mere consignation in the General Deposit Fund of the amount of the fair price in the cases of expropriation of estates subject to double registration when from the beginning of the procedure for their valuation the registered owners would not have acted as interested parties. Their intervention in this procedure is an unavoidable requirement imposed for the full protection of their respective rights, which, moreover, is particularly appropriate since the Article 3 of the Law of Compulsory Expropriation considers the registered owner as the rightful owner.*

PALABRAS CLAVE: Doble inmatriculación. Procedimiento justiprecio. Interesado. Consignación.

KEY WORDS: *Double registration. Valuation procedure. Fair price. Interested party.*

SUMARIO: I. TITULARIDAD DOMINICAL ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN URBANÍSTICA Y EXPROPIATORIA.—II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

SUPREMO DE 1 DE FEBRERO DE 2019.—III. APROXIMACIÓN DESDE LA REGULACIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN MATERIA DE TITULARIDAD EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA: 1. CONSIDERACIÓN INICIAL. 2. EL MARCO NORMATIVO URBANÍSTICO Y REGISTRAL. 3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS POSIBLES DISCREPANCIAS EN EL ORDEN DE LAS TITULARIDADES CONFORME A LA JURISPRUDENCIA.—IV. LA FIJACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO EN EL CASO DE LA DOBLE INMATRICULACIÓN.

I. TITULARIDAD DOMINICAL ANTE EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN URBANÍSTICA Y EXPROPIATORIA

La condición de expropiado caracterizada como una cualidad *ob rem*¹ en el ámbito del ejercicio de la potestad expropiatoria en virtud de la cual procede su identificación en primer término con el propietario del bien o titular del derecho objeto de expropiación según el artículo 3.1 de la Ley de Expropiación Forzosa y la necesidad de que todo proceso urbanístico haya de confrontarse, aunque no se actuara a través de la expropiación forzosa, con una estructura de la propiedad en la que el dominio se presenta como referencia básica cuya toma en consideración no puede ser eludida con vistas a su culminación, dan lugar en ambos a la aplicación de determinadas reglas procedimentales ante la hipótesis de la concurrencia de eventuales controversias sobre la titularidad.

En este sentido, de igual modo en que no cabe hablar de expropiación si se omite en el procedimiento expropiatorio la participación del expropiado siendo así que constituye la «*parte principal e inexcusable del expediente*», en cuyo caso se incurriría en un supuesto de vía de hecho, tampoco cabe prescindir del propietario de suelo en la fase de ejecución del planeamiento urbanístico cuando la forma por la que se opte no consista en un protagonismo únicamente público.

Pues bien, la cuestión que se suscita a partir de la sentencia del Tribunal Supremo a la que seguidamente se hará referencia se sitúa en el tratamiento que ha de darse en el procedimiento de fijación del justiprecio a aquellos supuestos en los que pudieran existir, conforme a los términos empleados por el artículo 51.1.b) de la Ley de Expropiación Forzosa, cuestiones o litigios² entre varios interesados o entre ellos y la Administración, lo que resulta de relieve toda vez que no es a esta última sino a la jurisdicción ordinaria a la que corresponde la resolución definitiva de las posibles discrepancias en el orden de la titularidad de los derechos conforme dispone, en el ámbito urbanístico, el artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978.

Si bien es cierto que a los efectos de la determinación de las titularidades en los procesos expropiatorios ha de acudir, conforme dispone el artículo 3.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, a los pronunciamientos contenidos en los registros públicos que produzcan presunción de titularidad³, norma a la que con igual objeto también se remite el artículo 76.2 del citado Reglamento de Gestión Urbanística cuando del proceso reparcelatorio se trata, tal criterio en modo alguno excluye la posible existencia de una duda fundada sobre la suficiencia de la titularidad registral cuando así se hace valer con base en la existencia de una inscripción contradictoria, de un litigio en curso o, entre otras posibles causas, por la existencia de elementos de hecho que igualmente pudieran cuestionar la validez de tales pronunciamientos.

Es así precisamente para estos supuestos para los que el legislador ha contemplado que la acción de la Administración no pueda quedar bloqueada de tal

modo que se pueda llevar a término el objetivo en cada caso perseguido, lo que así queda salvaguardado sin perjuicio de que tal acción sin embargo se repliegue en cuanto se refiere a la resolución de las posibles controversias sobre las titularidades dominicales por ser propia de las relaciones entre particulares y, en su caso, de la jurisdicción ordinaria.

A estos efectos, el régimen legal previsto en el ámbito urbanístico y en el expropiatorio, el cual aparentemente se presenta como coincidente, ofrece no obstante alguna peculiaridad de relieve pues, según se verá, así como en el primero el objeto del derecho de propiedad permanece más allá de los posibles cambios derivados del juego de la subrogación real propia de la reparcelación, en el caso de la expropiación se trata de un objeto que se encuentra en formación por corresponderse por compensación con el valor económico de un bien cuya definición es precisamente de lo que se ocupa el procedimiento en cuestión. Peculiaridad, por lo demás, que justamente se manifiesta por ejemplo en los supuestos de doble inmatriculación o cuando se produce el reconocimiento sobrevenido de una titularidad inicialmente ignorada a favor de quien se mantuvo al margen del procedimiento de fijación del justiprecio.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE FEBRERO DE 2019

Una reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019 (*RJ* 2019, 232) se ha ocupado del tratamiento que corresponde dar en el procedimiento expropiatorio de fijación y pago del justiprecio a la existencia de fincas doblemente inmatriculadas.

Así lo hace, en efecto, a partir, en primer lugar, de la pretensión sostenida por la recurrente a fin de que se declarara con carácter prejudicial la titularidad dominical a su favor de una determinada superficie de suelo⁴, a lo que se une, sucesivamente, la valoración por la Sala del criterio seguido por el Tribunal de instancia en relación con la toma en consideración de esa misma superficie en orden a la fijación del justiprecio.

La Sala de instancia, por considerar que sobre la porción de suelo en cuestión cabían dudas a la vista de la posible existencia de una doble inmatriculación valorada a partir de las pruebas documental y pericial practicadas, descarta tomarla en consideración y, en consecuencia, rechaza que la resolución recurrida por la que se fijó el justiprecio del resto de la superficie afectada hubiera de extenderse también a ella.

Sucesivamente, la sentencia del Tribunal Supremo, al resolver el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal de instancia, que fue la de 23 de mayo de 2016 dictada por la Sala de Málaga de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, se ocupa de dos cuestiones.

En primer lugar, confirmando la posición de la Sala de instancia, rechaza que por su parte se hubieran infringido los artículos 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y 3 de la Ley de Expropiación Forzosa así como la jurisprudencia que los aplica, lo que así sostiene al afirmar que *«el hecho de que la titularidad dominical pueda ser objeto de declaración prejudicial cuando no constituye, en sí misma, la cuestión litigiosa, no quiere decir que esa declaración haya de efectuarse siempre y en todo caso, al margen de la convicción que pueda obtener el Tribunal, una vez valorado el material probatorio (...)»*, añadiendo acto seguido que *«esa declaración de titularidad dominical, a efectos prejudiciales, solo cabe realizarla cuando existan datos concluyentes que conduzcan a tal declara-*

ción», datos, por lo demás, ausentes en los autos según se puso de manifiesto en ambas instancias.

Junto a ello, en segundo lugar, el Tribunal Supremo manifiesta su discrepancia con la sentencia dictada por la Sala de instancia en la medida en que excluyó de la fijación del justiprecio la porción de terreno sobre cuya titularidad dominical existían dudas toda vez que, afirma, *«esa eventual cuestión nunca será óbice (...) para la incoación y tramitación de un expediente de expropiación forzosa, ni, como es aquí el caso, para la fijación de su justiprecio, ya que el único efecto que produce es que el precio deberá ser consignado en la Caja General de depósitos, a disposición de quien efectivamente resulte ser el propietario»*.

Tal es la valoración de la sentencia que resulta de interés pese a no haberse denunciado por la recurrente, según en ella se advierte, la infracción del artículo 50 de la Ley de Expropiación Forzosa, el cual, como es conocido, contempla aquellos supuestos en los que se rehusara la recepción del precio o cuando pudiera existir litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, en cuyo caso se prevé la necesaria consignación del justiprecio *«por la cantidad que sea objeto de discordia»* y *«a disposición de la autoridad o Tribunal competente»*. Supuesto de consignación igualmente reflejado en el artículo 51.1.b) del Reglamento de Expropiación Forzosa y que a los efectos de la cuestión considerada debe complementarse con su inciso inicial cuando configura como causa de consignación aquella eventual situación en la que *«fueren varios los interesados y no se pusieren de acuerdo sobre la cantidad que a cada uno corresponde, o existiere cualquier cuestión o litigio entre ellos»*.

III. APROXIMACIÓN DESDE LA REGULACIÓN DE LAS DISCREPANCIAS EN MATERIA DE TITULARIDAD EN LA GESTIÓN URBANÍSTICA

1. CONSIDERACIÓN INICIAL

Aun siendo la regulación urbanística referida a las diferentes situaciones de posibles dudas o controversias en relación con la titularidad de los suelos incurridos en procesos de ejecución del planeamiento urbanístico de un alcance más detallado, resulta fácil apreciar una cierta base común con la prevista al efecto en la legislación expropiatoria.

Así, mientras esta última ofrece, en efecto, una mayor simplicidad desde el momento en que su objetivo final viene marcado por la habilitación de una consignación de efectos liberatorios y además facilitadora del levantamiento de la correspondiente acta a fin de tomar posesión del bien expropiado y proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad a favor del expropiante o del beneficiario conforme a lo dispuesto en el artículo 32.4^a del Reglamento Hipotecario, la regulación urbanística, principalmente contenida tanto en el Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 como en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, de adaptación del sistema registral al urbanístico, discurre a través de una diversidad de situaciones de mayor amplitud que a su vez reciben la respuesta que en cada caso se considera adecuada.

En este sentido, tal diversidad de situaciones reflejadas en la normativa urbanística, la cual en realidad queda justificada por la diferente intensidad con la que la discrepancia puede manifestarse con sus consiguientes efectos de carácter procedimental y sustantivo principalmente en cuanto afecta a la confección del instrumento reparcelatorio, queda reconducida en el orden expropiatorio a la

eventual existencia de «*cualquier cuestión o litigio*», fórmula inevitablemente simplificadora con la que pretende garantizarse la consecución del objetivo señalado en orden a la inscripción y toma de posesión del bien expropiado.

En todo caso, precisamente por razón de la aludida base común y en la medida en que cabe encontrar la diversidad de situaciones que se esconden bajo los términos genéricos empleados por la legislación expropiatoria, resulta oportuno destacar, como se hace seguidamente, el alcance con el que los dos textos reglamentarios indicados se pronuncian en el ámbito urbanístico.

2. EL MARCO NORMATIVO URBANÍSTICO Y REGISTRAL

Como seguidamente se verá, el ordenamiento urbanístico ha tratado de responder a las posibles situaciones de discrepancia en el orden de la titularidad de los terrenos, ya de modo incipiente con el Reglamento de Reparcelaciones de 7 de abril de 1966 (artículos 28 y 31), desde el siguiente doble presupuesto: de un lado, el de mostrar, sin ir más allá, el reconocimiento de la conflictividad en cuestión y, de otro, el consistente en que, justamente por tratarse de un mero reconocimiento, se posibilite que la pendencia de su resolución y la propia resolución no tengan por qué entorpecer el proceso de ejecución del planeamiento.

Dicho en otros términos, el ordenamiento urbanístico, que admite como una realidad posible, porque no puede ser de otro modo, la existencia de conflictos sobre la titularidad de los terrenos incluidos en un ámbito sujeto a un proceso de ejecución del planeamiento urbanístico, remite en todo caso a la fase de gestión su tratamiento limitándola a su presentación en la reparcelación como una suerte de espejo en el que el conflicto ha de encontrar reflejo y no resolución por encontrarse esta reservada a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria.

Así, en efecto, el artículo más relevante sobre esta cuestión es el 103 del Reglamento de Gestión Urbanística, artículo cuyos apartados 3 y 4 dicen lo siguiente:

«3. En caso de discordancia entre los títulos y la realidad de las fincas, prevalecerá esta sobre aquellos en el expediente de reparcelación.

4. Si la discrepancia se plantea en el orden de la titularidad de los derechos, la resolución definitiva corresponde a los Tribunales ordinarios. El proyecto de reparcelación se limitará, en tal caso, a calificar la titularidad de dudosa o litigiosa, según proceda. La Administración actuante asumirá la representación de los derechos e intereses de esas titularidades a efectos de la tramitación del expediente. Los gastos que sean imputables a las titularidades referidas podrán hacerse efectivos por la vía de apremio en caso de impago».

Junto al anterior artículo, otra norma, en este caso de orden registral, el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, se ocupa también de esta cuestión en cuanto se refiere a sus manifestaciones de esta naturaleza en el caso de los supuestos de doble inmatriculación y de titularidad controvertida como correlato en el orden registral de las llamadas titularidades litigiosas, lo que así se recoge en su artículo 10, titulado «*Doble inmatriculación. Titularidad desconocida o controvertida sobre la finca de origen. Titular en ignorado paradero*». De dicho artículo resultan relevantes los siguientes apartados 1 y 3:

«1. Si la finca constare doblemente inmatriculada, por haberse practicado la nota correspondiente con anterioridad a la iniciación del procedimiento de equidis-

tribución, o dicha doble inmatriculación resultare probada como consecuencia de las operaciones del propio proyecto, deberán considerarse interesados en el proceso los titulares registrales de la finca doblemente inmatriculada, según cada inscripción, lo que supondrá el mantenimiento de dicha situación en la adjudicación de las fincas de resultado y en su inscripción registral, la cual se practicará a favor de quien acredite mejor derecho en el juicio declarativo ordinario que corresponda por su cuantía en el orden jurisdiccional civil. Todo ello, sin perjuicio del convenio entre los titulares afectados formalizado en escritura pública. En la inscripción de las fincas de resultado se harán constar las circunstancias correspondientes a las fincas de origen que hubieren sido objeto de doble inmatriculación.

(...)

3. Se considerará que existe titularidad controvertida cuando constare anotación preventiva de demanda de propiedad. En este caso la inscripción de la finca de resultado se practicará a favor del titular registral de la finca de origen, pero trasladando, igualmente, la anotación preventiva que sobre la misma conste practicada».

3. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS POSIBLES DISCREPANCIAS EN EL ORDEN DE LAS TITULARIDADES CONFORME A LA JURISPRUDENCIA

Prescindiendo del alcance particular de los posibles debates de fondo que sobre la titularidad de los terrenos pueden llegar a surgir en el curso de la ejecución de un instrumento de planeamiento, de cara a su tratamiento en la fase de gestión sobre la base de su eventual existencia cabe llamar la atención sobre los más relevantes conceptos comunes que en la confección del título reparcelatorio habrían de ser manejados, los cuales serían los siguientes:

a) En primer lugar y como pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9989), «el principio cardinal que rige la reparcelación, en materia de titularidades, es el de que los expedientes han de tramitarse con quien sea el propietario», señalando a su vez el artículo 76.2 del Reglamento de Gestión Urbanística, en los términos ya adelantados y con clara remisión al artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa, que «a efectos de determinación de las titularidades, se aplicarán las normas de la expropiación forzosa».

b) Dentro ya del proceso de gestión, debe precisarse que ni a las Juntas de Compensación ni a la Administración corresponde declarar derechos en el caso de que existieran conflictos en el orden de la titularidad de los terrenos, lo que así ha de entenderse por ser tal función propia de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria (así, entre otras muchas, en las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1999, *RJ* 1999, 5886, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio de 2012, *JUR* 2012, 314633).

c) Otra cosa ocurre, en cambio, en el supuesto de que el debate se suscitara entre los títulos y la realidad física de las fincas, en cuyo caso su tratamiento y clarificación cabe afrontarlo desde el propio título reparcelatorio conforme contempla el apartado 3 del artículo 103 del Reglamento de Gestión Urbanística al señalar que en el expediente de reparcelación «prevalecerá» la segunda sobre aquellos.

d) Cuando la Administración o, en su caso, la Junta de Compensación apreciara la condición dudosa de la titularidad de un terreno, se deberá hacer constar así en el respectivo Proyecto reparcelatorio a los solos efectos del proceso de gestión con expresión del alcance y extensión de la duda, resolución que, en lo que atañe a la duda, será susceptible de control jurisdiccional (sentencias del

Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009, rec. 11.259/2004, y 6 de julio de 1999, *RJ* 1999, 5886).

e) La efectiva concurrencia de una titularidad dudosa no requiere de la existencia de un litigio, siendo suficiente la existencia de discrepancias al respecto siempre y cuando se trate de discrepancias fundadas y no meramente voluntaristas, discrepancias que pueden surgir tanto respecto de fincas no inscritas como de fincas inscritas (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2011, *RJ* 2011, 538).

f) El carácter litigioso de una titularidad cabe igualmente aun en el caso de que la discrepancia se planteara frente a un titular registral, y ello a pesar de la presunción de titularidad derivada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y del principio de salvaguarda judicial de los asientos registrales, condición registral que incluso en alguna sentencia no impide que la titularidad registral pueda llegar a ser calificada como dudosa (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2009, *RJ* 2009, 4249).

g) A su vez y frente al supuesto de la titularidad dudosa que no requiere de la presencia de un procedimiento jurisdiccional civil, la mera constatación objetiva de la concurrencia de un litigio sobre el dominio determina que la titularidad en cuestión haya de ser calificada como litigiosa (sentencias del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 6578, 8 de junio de 2004 y 23 de abril de 1992, *RJ* 1992, 3842).

h) Paralelamente, para que la condición litigiosa trascienda al Registro de la Propiedad con motivo de la inscripción del Proyecto de Reparcelación, es preciso que previamente, con su consiguiente consideración como titularidad controvertida, se hubiera tomado anotación preventiva de demanda sobre la finca de origen, lo cual significa que en ausencia de esta tal condición objetiva quedaría extramuros del Registro.

i) En todo caso, la regulación sobre el carácter litigioso o dudoso de la titularidad de los terrenos «*se dirige exclusivamente a la fase de gestión o ejecución del planeamiento y no a la previa de elaboración o aprobación del propio plan urbanístico*» (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 6578).

j) Una vez identificada la titularidad de una finca como dudosa o litigioso, procede, conforme al artículo 103.4 del Reglamento de Gestión Urbanística, que la Administración actuante asuma la representación de los derechos e intereses de tal titularidad a los efectos de la tramitación del expediente (sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1999, *RJ* 1999, 5886).

k) Por fin, cuando la razón del conflicto se encontrara en la existencia de una doble inmatriculación, entendiendo por tal que una misma finca, ya sea en su totalidad o solo en parte, estuviera inmatriculada en dos o más ocasiones en un mismo Registro, es el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, el que establece en su artículo 10.1 que el Proyecto de reparcelación mantendrá tal situación sobre la respectiva finca de resultado a expensas de lo que resultara en el correspondiente proceso civil, considerando en todo caso a ambos titulares registrales como interesados.

IV. LA FIJACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO EN EL CASO DE LA DOBLE INMATRICULACIÓN

Según pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019, la presencia de dudas sobre la titularidad dominical de una determinada

superficie de suelo «nunca será óbice para la incoación y tramitación de un expediente de expropiación forzosa, ni (...) para la fijación de su justiprecio», lo que así afirma por entender que el único y exclusivo efecto que de ello se desprende «es que el precio deberá ser consignado en la Caja de Depósitos».

A ello se añade, conforme expresa la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 168383) a la vista del artículo 5.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, que en los casos en los que se dé litigiosidad, la presentación de títulos contradictorios o un supuesto de contradicción entre dos inscripciones registrales, «el tratamiento, en orden al expediente expropiatorio, es que se siga con todos los interesados que se encuentren en tal situación», los cuales si no alcanzaran un acuerdo quedarán sujetos, como ocurre en el orden urbanístico, al pronunciamiento que a tal fin resulte de los Tribunales del orden civil.

Pues bien, aunque el anterior esquema se presenta como una articulación en principio cerrada a través de la cual se garantizaría que la posible existencia de cuestiones o litigios entre particulares ni fuera en detrimento de la finalidad última de su intervención en el procedimiento expropiatorio conforme a su condición de expropiado en orden a la determinación y pago del justiprecio, ni, de igual modo, hubiera de penalizar la tramitación del expediente por no ser «óbice» para ello, la particularidad de las situaciones de doble inmatriculación ofrece posibles escenarios en los que el elemento central consistente en la efectiva condición contradictoria del «procedimiento entero»⁵ no siempre quede observado.

La cuestión es en efecto relevante toda vez que, así como la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019 sitúa el elemento de corrección en el solo hecho de consignar el importe del justiprecio en la Caja General de Depósitos, la del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de febrero de 2010, más acertadamente a nuestro juicio, introduce la necesidad de que el expediente expropiatorio se tramite con quienes reunieran la condición de «interesados».

En este sentido, esta última sentencia vendría a efectuar una remisión a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley de Expropiación Forzosa en virtud del cual la Administración expropiante o, de haber sido designado, el beneficiario de la expropiación han de formular una relación de bienes o derechos afectados por el proyecto expropiatorio a fin de eludir la «nulidad radical del expediente de justiprecio» como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1983 (R. 4866). Relación cuya formulación procede «a los solos efectos de la determinación de los interesados» (artículo 17.2 *in fine*), es decir, como señala el artículo 20 siguiente, de «las personas definidas en los artículos 3 y 4» de la Ley de Expropiación Forzosa dada su condición de titulares de derechos susceptibles de verse afectados por la decisión que fuera finalmente adoptada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.1.b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Llegados a este punto la cuestión que presenta interés a la vista de la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019 es si, en efecto, como en ella se afirma, la consignación del justiprecio en la Caja General de Depósitos a favor de quien acreditará mejor derecho es por sí sola suficiente para la plena salvaguarda de los derechos de los interesados que pudieran tener una cuestión o litigio abiertos sobre la titularidad del bien expropiado o si, por el contrario, la aparición tardía en el procedimiento de un potencial titular como interesado constituye un factor relevante en cuanto pudiera llegar a condicionar la validez del procedimiento seguido.

La cuestión no es desde luego menor toda vez que, según lo ya adelantado, el procedimiento de fijación de justiprecio participa de una circunstancia particular que no está presente en el caso de la tramitación de los procedimientos reparcelatorios. Mientras en estos los posibles interesados en la propiedad de una misma superficie mantienen dicha misma condición aun cuando se altere el objeto sobre el que recaiga su derecho como consecuencia de la aprobación del instrumento reparcelatorio, en el primero de lo que se trata es de fijar el valor del bien para su abono al expropiado, en razón de lo cual la intervención de este en el procedimiento en cuestión resulta esencial por cuanto mediante la posible formulación de alegaciones a la relación de bienes y derechos o a través de la formulación de la hoja de aprecio contribuye activamente a la definición del valor final del bien. Piénsese, por ejemplo, que una valoración por parte de la propiedad por debajo del importe finalmente establecido en vía administrativa anula decisivamente su margen de actuación en un eventual proceso contencioso-administrativo ya que en ningún caso podrá reclamar judicialmente un importe superior.

La cuestión así implícitamente recogida en la sentencia de 1 de febrero de 2019 puede ser más claramente identificada conforme a la precedente sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2012 (RC 3243, 2009) por la que se anuló la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de 20 de enero de 2009, estimando parcialmente, en su lugar, el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la recurrente en primera instancia contra la desestimación presunta del Ministerio de Fomento, Dirección General de Carreteras, Subdemarcación de Carreteras del Estado de Andalucía Oriental, de la solicitud de abono del justiprecio de una finca afectada por el proyecto de expropiación «Autovía de la Costa del Sol. Málaga-Algeciras. C.N. 340, p.k. 189,95 al 202,00. Término municipal de Marbella».

La sentencia llega así al anterior pronunciamiento estimatorio toda vez que, conforme a los antecedentes en ella reflejados, si bien la propietaria de la finca era la recurrente, el justiprecio fue abonado a una Comunidad de propietarios que carecía de dicha condición, lo que abrió el debate sobre si lo procedente era solicitar de esta la restitución del importe abonado o, por el contrario, había de ser la Administración quien debía proceder a su abono.

Tras interesar el Abogado del Estado la desestimación del recurso con la consiguiente reclamación del importe del justiprecio a la Comunidad de propietarios por cuanto la recurrente «no compareció pudiendo hacerlo», la sentencia da cuenta del artículo 3 de la Ley de Expropiación Forzosa y añade sucesivamente lo siguiente:

«En consecuencia, la Administración debía entenderse con quien era el titular registral de la finca expropiada y es evidente que la Administración no actuó correctamente, es decir, como establece el artículo 3 de la LEF, al no tener como titular del bien expropiado a quien con dicho carácter constaba en los registros públicos y tener como tal a quien compareció como propietario sin cerciorarse de tal cualidad, máxime cuando en el acta previa a la ocupación por el administrador de la comunidad de propietarios no se acreditó la propiedad de la finca expropiada, obviando, de este modo, la obligación de comprobar lo alegado acudiendo al Registro de la Propiedad a los efectos de comprobar la verdadera titularidad del bien expropiado. Por último, es de tener en cuenta que no consta que la mercantil recurrente apareciese en la relación de los bienes y derechos objeto de expropiación, y menos aún que se le hubiese notificado individualmente el acuerdo de necesidad de ocupación, por lo que su falta de personación en el expediente expropiatorio no puede serle

imputada a título de negligencia, de donde su reclamación, por tardía que pueda parecer al Abogado del Estado, no puede ser óbice para el éxito de su pretensión».

La sentencia, por lo tanto, dado que la Administración debió entenderse con el recurrente por ser el titular registral de la finca expropiada y que este ni siquiera fue incluido en la relación de bienes y derechos objeto de expropiación de igual modo que tampoco se le notificó individualmente el acuerdo de necesidad de ocupación, le libera de toda posible negligencia por su falta de personación y concluye «condenando a la dicha Administración al abono de dicho importe más los intereses legales correspondientes», es decir, al abono del importe que de modo indebido fue entregado a la Comunidad de propietarios.

A partir de lo anterior, ya en ejecución de sentencia y toda vez que el importe fijado como justiprecio lo fue no a favor de la recurrente sino, de modo declaradamente indebido, a favor de una Comunidad de propietarios, dado que como resultado del proceso entablado lo que se reconoció a la recurrente fue el derecho al cobro de un justiprecio de una expropiación ya culminada de cuya tramitación fue indebidamente excluido pese a tener la condición de titular registral de la finca afectada, por su parte se trasladó a la Sala la disconformidad con el hecho de que pudiera quedar vinculada por un importe al que llegó quien carecía de legitimación para su cobro por su condición circunstancial como interesado, lo que, por lo demás, ni siquiera tuvo lugar en virtud de un procedimiento contradictorio sino por razón de un acuerdo con la Administración expropiante.

Planteada así por la recurrente a la Sala de instancia la procedente tramitación con ella del correspondiente expediente de fijación de justiprecio según los valores entonces vigentes del suelo, la respuesta fue sin embargo negativa de tal modo que hubo de aceptar como principal del justiprecio el originariamente establecido en vía administrativa sin poder intervenir en su determinación.

Esta última situación es, en suma, la que parece claramente cuestionable precisamente cuando se da un supuesto de doble inmatriculación puesto que si, como ha quedado ya dicho, la actuación con el titular registral resulta obligada de tal manera que pueda intervenir en el conjunto del procedimiento en defensa de sus intereses, lo que no parece correcto es que quien reúna tal condición y así quede identificado de modo sobrevenido por las razones que fueran, en el caso de que su derecho fuera finalmente declarado de mejor condición haya de asumir sin más el resultado de un procedimiento administrativo cuyo objeto era la determinación del valor de un bien de su propiedad sin tener más alternativa que acceder al cobro del importe previamente consignado por una duda finalmente confirmada como infundada.

CONCLUSIONES

I. Conforme dispone la Ley de Expropiación Forzosa, la tramitación del procedimiento de fijación de justiprecio ha de efectuarse en primer lugar y salvo prueba en contrario con quien ostente la condición de propietario o titular en los registros públicos que produzcan presunción de titularidad.

II. En razón de lo anterior y a fin de permitir el acceso a la toma de posesión del bien expropiado y a su inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre de la Administración expropiante o, en su caso, del beneficiario de la expropiación, la legislación expropiatoria dispone la necesidad de consignar el importe del justiprecio en aquellos supuestos en los que existiera cualquier cuestión o litigio

entre los interesados, o entre ellos y la Administración, pudiendo ocurrir en el primer caso que la controversia en cuestión consistiera en que el bien objeto de expropiación estuviera doblemente inmatriculado.

III. En tal supuesto de doble inmatriculación la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2019 se limita a destacar la necesidad de que, por llevar consigo una duda sobre la titularidad del bien que, salvo en el caso de existencia de datos concluyentes que permitan formular una declaración de titularidad dominical a efectos prejudiciales por la jurisdicción contencioso-administrativa, no puede ser resuelta más que por la jurisdicción ordinaria, la consecuencia que ha de aplicarse sea la de la consignación del importe del justiprecio, omitiendo, sin embargo, que la condición de titular registral que a su vez atribuye la de interesado en el procedimiento de justiprecio releva al expropiado de tener que comparecer en el expediente por iniciativa propia.

IV. Como consecuencia de lo anterior, la eventual identificación sobrevenida de un nuevo titular registral no tomado en consideración en el inicio del procedimiento justifica, por razón de su obligado carácter contradictorio, que no quepa considerar como suficiente la mera consignación del justiprecio si es que previamente no hubiera tenido oportunidad de intervenir en la forma legalmente dispuesta en orden a la determinación del justiprecio.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 10 de octubre de 1983
- STS de 23 de abril de 1992
- STS de 6 de julio de 1999
- STS de 24 de noviembre de 2000
- STS de 8 de junio de 2004
- STS de 18 de marzo de 2009
- STS de 2 de septiembre de 2010
- STS de 25 de julio de 2012
- STS de 1 de febrero de 2019
- ATS de 1 de marzo de 2018
- STSJ de Andalucía con sede en Málaga de 20 de enero de 2009
- STSJ de Andalucía con sede en Málaga de 23 de mayo de 2016
- STSJ de Madrid de 1 de junio de 2012
- STSJ de Madrid de 12 de febrero de 2010
- STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de marzo de 2011

BIBLIOGRAFÍA

- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Editorial Comares, Granada 1999, 253.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., El titular y el cobro del justiprecio. Las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 520, año 1977, 691 a 696.
- LASO BAEZA, V., Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos parcelatorios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de

noviembre de 2000, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 186, año 2001, 61 a 85.

TOLIVAR ALAS, L., Del pago y toma de posesión, de la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Aranzadi, 1999, Capítulo IV, 340.

NOTAS

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2017, 254.

² GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., *El justiprecio de la expropiación forzosa*, Editorial Comares, Granada 1999, 253; TOLIVAR ALAS, L., Del pago y toma de posesión, de la obra colectiva *Comentarios a la Ley de Expropiación Forzosa*, Ed. Aranzadi, 1999, Capítulo IV, 340.

³ LASO BAEZA, V., Titularidad registral y extrarregistral en los procedimientos reparcelatorios. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2000, *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 186, año 2001, 61 a 85.

⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., El titular y el cobro del justiprecio. Las cuestiones prejudiciales civiles en el proceso administrativo, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 520, año 1977, 691 a 696.

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.-R., *Curso de Derecho Administrativo II*, Decimoquinta edición, Ed. Aranzadi, 2002, 257.

4.1. DERECHO BANCARIO

Jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo en materia de cláusulas abusivas en productos bancarios. Especial referencia a préstamos hipotecarios

The recent jurisprudence of the Supreme Court of Spain concerning unfair contract terms, especially referred to mortgage loans

por

JOSÉ MARÍA BLANCO SARALEGUI
RAQUEL BLÁZQUEZ MARTÍN

Magistrados

*Letrados coordinadores del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo
Área Civil*

RESUMEN: En los últimos cinco años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha experimentado un importante cambio cuantitativo y cualitativo, pues se han incrementado exponencialmente los asuntos relativos a cláusulas abusivas. Antes de 2013, los casos que pasaban el filtro de admisión y eran resueltos por el Tribunal Supremo pertenecían, fundamentalmente, al derecho civil clásico. Desde entonces, y particularmente en los últimos tres años, al menos la mitad de los asuntos resueltos tenían que ver con cláusulas abusivas en condiciones generales de la contratación y acciones de nulidad contractual por inversiones fallidas en productos bancarios complejos. Nuestro estudio abordará solo un resumen de las principales resoluciones en materia de cláusulas abusivas.

ABSTRACT: *In the last five years, the jurisprudence of the Supreme Court of Spain has experienced an important qualitative and quantitative change, as the case law about unfair contract terms applying European law has increased exponentially. Before 2013, the cases that achieved Supreme Court review dealt with standard civil and commercial law. From then on, and especially over the last three years, at least one out of two cases concerns unfair contract terms or failed investments in banking products. We will focus our study summarizing only the main judgements about unfair contract terms.*

PALABRAS CLAVE: Condiciones generales de la contratación. Consumidor. Préstamo hipotecario. Control de abusividad. Control de transparencia. Información precontractual. Intervención notarial. Cláusulas suelo. Acciones colectivas en condiciones generales de la contratación. Acciones individuales en condiciones generales de la contratación. Cosa juzgada. Preclusión procesal. Costas procesales.

Transacción. Intereses de demora. Intereses remuneratorios. Hipoteca multidivisa. Índice IRPH. Comisión de apertura. Gastos de constitución de préstamos hipotecarios. Arancel notarial. Arancel registral. Gastos de gestoría. Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados). Cláusulas de vencimiento anticipado. Proceso de ejecución hipotecaria. Venta notarial de bienes hipotecados

KEY WORDS: General terms and conditions. Consumer. Mortgage loan. Unfairness control. Transparency control. Pre-contractual information. Notarial instruction. Floor clauses. Class actions. Individual actions. Res iudicata. Procedure preclusion. Costs of proceedings. Settlement agreement. Default interest. Rate interest. Multi-currency loan. IRPH index. Arrangement fee. Mortgage formation fee. Notary costs. Registration costs. Management costs. Tax on property transfers. Clause on early expiration. Mortgage foreclosure. Notarial sale of mortgaged property.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONDICIÓN DE CONSUMIDOR.—III. PRECISIONES SOBRE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y SU RELEVANCIA EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA.—IV. NOVEDADES EN CLÁUSULAS SUELO: 1. EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES. 2. LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS EN LAS INSTANCIAS. 3. LICITUD DE LA TRANSACCIÓN POR LA QUE EL CONSUMIDOR RENUNCIA A ACCIONES FUTURAS CONTRA EL BANCO A CAMBIO DE UNA REBAJA DE LA CLÁUSULA SUELO. 4. RENEGOCIACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE QUE LA MISMA SURTIERA EFECTO.—V. INTERESES DE DEMORA.—VI. HIPOTECA MULTIDIVISA.—VII. CLÁUSULA IRPH.—VIII. GASTOS E IMPUESTOS. COMISIÓN DE APERTURA.—IX. VENCIMIENTO ANTICIPADO.—X. MATERIAS CON RELEVANCIA PROCESAL: 1. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA POR EFECTO DE UN PREVIO PROCESO DE EJECUCIÓN. 2. LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL ARTÍCULO 129 LH.

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos cinco años la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sufrido un relevante vuelco cuantitativo. Si se examinan las bases de datos antes de 2014, apenas existen pronunciamientos relativos a condiciones generales de la contratación, con la relevante excepción de la primera sentencia de pleno sobre las cláusulas suelo —STS 241/2013, de 9 de mayo—, y algunas otras anteriores que quedaban desdibujadas en un marasmo de pleitos de derecho civil del llamado «clásico». Desde los primeros albores de 2014, los asuntos relativos a cláusulas abusivas y de derecho bancario en general han dado lugar a más de la mitad de los asuntos resueltos por la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Nos vamos a centrar, como se apunta en el título, en los pronunciamientos más recientes, fundamentalmente en los últimos tres años, dando por conocidos los precedentes anteriores. Y solo en materia de cláusulas abusivas en contratación bancaria, haciendo alusión a los pronunciamientos verdaderamente relevantes o novedosos.

Dejaremos a un lado todas las reclamaciones bancarias formuladas por inversores minoristas frente a productos bancarios, que pertenecen al grupo de casos de la nulidad contractual por error vicio del consentimiento, más que al

que emplea la técnica propia de las condiciones generales, donde rige por regla general la validez del contrato, con expulsión de la cláusula declarada nula, conforme al principio general «*utile per inutile non vitiatur*».

II. CONDICIÓN DE CONSUMIDOR

En la STS 314/2018, de 28 de mayo, se analiza la *condición de consumidor en prácticamente todos los supuestos de contratos de garantía* accesorios al préstamo, al existir pluralidad de contratantes, partiendo de la doctrina del TJUE aplicable al caso —asuntos Costea (C-110/14), Dumitras (C-534/15), Tarcău (C-74/15), Diezinger (C-45/96) y Bachman (C-535/16)—, en los siguientes términos:

La condición de consumidor se debe apreciar no en el contrato principal, sino en el contrato de garantía o fianza. Ello excluye la condición de consumidor cuando, aun actuando al margen de una actividad empresarial o profesional, se tiene un «*vínculo funcional*» con el contratante profesional; es decir, no se es del todo ajeno al aspecto profesional o empresarial de la operación. De esta forma, en el caso hay que distinguir tres situaciones:

1. No existe ninguna duda de que los administradores sociales que garantizan la deuda de la sociedad tienen vínculo funcional con ella y no pueden ser tratados como consumidores.

2. En el caso de socios con participación significativa en el capital social, lo determinante a estos efectos será, o bien que el socio tenga una preeminencia tal en la sociedad que influya decisivamente en su toma de decisiones y suponga que, de facto, su voluntad y la del ente social coincidan, o bien que el socio en cuestión tenga un interés profesional o empresarial en la operación que garantiza, puesto que el TJUE utiliza el concepto de actividad profesional o vinculación funcional con la empresa en contraposición con las actividades meramente privadas; ambas circunstancias concurren en el supuesto examinado, puesto que los fiadores tenían un porcentaje relevante del capital social de la sociedad prestataria (un 25% cada uno), y la finalidad del préstamo fue la financiación del activo circulante de la empresa: los socios de dicha sociedad —por lo demás, cerrada, y a través de la cual parte de los socios desempeñaban su propia actividad profesional— tenían responsabilidad en su infra-capitalización.

3. Por último, en la fiadora que no era socia ni administradora no puede considerarse que existiera tal vínculo funcional, por lo que respecto a la misma sí debe declararse la ineficacia de la cláusula suelo.

En similar sentido, la sentencia 728/2018, de 20 de diciembre, sobre la posible abusividad de una cláusula relativa a la fijación del valor de tasación, entendió que la sociedad mercantil hipotecante no deudora no tenía la condición de consumidora. Aunque en el ordenamiento español, a diferencia de lo que sucede en el marco comunitario, una persona jurídica puede ser consumidora si no tiene ánimo de lucro, una sociedad mercantil, cualquiera que sea su objeto social, tiene *per se* ánimo de lucro. En el caso resuelto por esta sentencia tampoco concurría la condición de consumidor en el fiador (persona física) por su vinculación funcional con las partes, ya que era administrador y apoderado de la sociedad hipotecante y administrador de la sociedad deudora. Se interpreta que el término «gerencia» que utiliza el TJUE para definir el vínculo funcional equivale a cualquier modalidad de administración de la sociedad, por lo que quien participa directamente en la

toma de decisiones de la empresa tiene ese vínculo funcional con ella y, a estos efectos, todos los administradores, sean del tipo que sean, han de considerarse empresarios y no consumidores.

Desde la perspectiva contraria, se ha estudiado también la figura del *consumidor con ánimo de lucro*. Desde la sentencia del Pleno 16/2017, de 16 de enero, se había considerado que el ánimo de lucro no excluye necesariamente la condición de consumidor. Este pronunciamiento se ha reiterado en numerosas sentencias dictadas en el marco de la legislación de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles, con fundamento en la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 10 de abril de 2008 —asunto Hamilton, C-412/06— y STJCE de 25 de octubre de 2005 —asunto Schulte, C-350/03—) y en la regulación del artículo 3 TRLGCU, que se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente (interpretación reforzada por la STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto Costea, C-110/14). En todo caso, el límite se sitúa en aquellos supuestos en que la persona física realice estas actividades con regularidad (comprar para inmediatamente revender sucesivamente inmuebles, acciones, fondos, etc.) en un período corto de tiempo, pues en tal caso, puede entenderse que, con tales actos, realiza una actividad empresarial o profesional, dado que la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario (art. 1.1º CCom).

Esta misma doctrina ha sido extrapolada a los préstamos hipotecarios en la sentencia 356/2018, de 13 de junio, en el caso de una persona física que financió la adquisición de una vivienda como inversión, con el propósito de destinarla al alquiler en un marco no profesional o empresarial, a quien se califica como consumidor.

Una dificultad habitual en la delimitación del concepto de consumidor es la que plantean los *contratos mixtos o de doble finalidad*, como los préstamos destinados tanto a necesidades personales como a actividades comerciales o profesionales, que carecen de una norma expresa que guíe su calificación a estos efectos. La STS 224/2017, de 5 de abril, sobre un préstamo dedicado en parte a reformar la vivienda habitual del prestatario y en parte a la construcción de un edificio que el demandante tenía previsto dedicar a una actividad empresarial (alquiler de habitaciones) aplicó el criterio interpretativo establecido en el considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, que modificó las Directivas 93/13/CEE y 1999/44/CE y en la jurisprudencia comunitaria (STJCE de 20 de enero de 2005 —asunto Gruber, C-464/01—, STJUE de 3 de septiembre de 2015 —asunto Costea, C-110/14— y auto de 19 de noviembre de 2015 —asunto Tarcâu, C-74/15—), que admite la calificación como consumidor si el destino comercial es marginal en comparación con el destino privado. Y concluyó que si existen indicios de que un contrato persigue una doble finalidad «*el criterio del objeto predominante ofrece una herramienta para determinar, a través de un examen de la globalidad de las circunstancias que rodean al contrato —más allá de un criterio puramente cuantitativo— y de la apreciación de la prueba practicada, la medida en que los propósitos profesionales o no profesionales predominan en relación con un contrato en particular. De manera que, cuando no resulte acreditado claramente que un contrato se ha llevado a cabo de manera exclusiva con un propósito ya sea personal, ya sea profesional, el contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, en atención a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de la prueba*». En el caso concreto, se consideró probado que el propósito profesional era el predominante, por lo que no se aplicó la normativa de consumo.

Como las circunstancias que determinan la calificación del consumidor no son inmutables, el TS ha definido también el *momento en el que debe concurrir la condición de consumidor*. La sentencia 548/2018, de 5 de octubre, sobre nulidad de una cláusula suelo incorporada en la escritura de ampliación del préstamo hipotecario que se destinó a la adquisición de la mitad del capital social de una sociedad mercantil, explica (con cita de la STJUE de 25 de enero de 2018, C-498/16, *Schrems*) que el concepto de consumidor *«debe interpretarse en relación con la posición de esta persona en un contrato determinado y con la naturaleza y la finalidad de este, y no con la situación subjetiva de dicha persona, dado que una misma persona puede ser considerada consumidor respecto de ciertas operaciones y operador económico respecto de otras»*. De modo que, en el caso concreto, aunque en el préstamo inicial los prestatarios sí habían actuado como consumidores, como solicitaban únicamente la nulidad de la cláusula suelo de la escritura de ampliación, en la que ya carecían de esa condición, no era posible el control de transparencia que habilitaría esa nulidad. La sentencia precisa que, si se hubiera aplicado la cláusula suelo inicial, los prestatarios consumidores de aquel contrato originario tendrían derecho a la restitución de lo cobrado mediante tal aplicación indebida, pero que ello no ha sido objeto del pleito.

El caso contrario fue objeto de la sentencia 8/2018, de 10 de enero, que versaba sobre un préstamo hipotecario destinado a la adquisición de un local para su explotación comercial, en el que el prestatario alegó, al presentar la demanda de abusividad, que finalmente se había variado el destino del local. La sentencia entendió que los avatares posteriores a la celebración del contrato eran irrelevantes, porque en materia de protección de consumidores los controles de transparencia y abusividad tienen que realizarse en el momento de celebración del contrato, ya que afectan a la prestación del consentimiento y a él se contrae la relevancia de la información precontractual.

En un caso peculiar, la sentencia 639/2017, de 23 de noviembre, partiendo igualmente de que la cualidad de consumidor ha de tenerse en el momento de la celebración del contrato, abordó las diferencias entre las figuras del promotor y del autopromotor. Se trataba de un supuesto en que en el préstamo hipotecario, formalizado como préstamo a promotor, se hizo constar que la vivienda objeto de financiación se vendería una vez construida, aunque más tarde el prestatario decidió quedársela y utilizarla como domicilio familiar. La regla general configura al autopromotor como consumidor: aunque aborde tareas que, en principio, se encomiendan a profesionales, no lo hace en el marco de una actividad profesional, sino para la satisfacción de una necesidad personal, como es el acceso a una vivienda. Sin embargo, en el caso concreto, el prestatario había actuado como verdadero promotor, y no como autopromotor, a la firma del préstamo, que es el momento determinante de su calificación como consumidor o profesional, sin que, como en el caso anterior, los avatares posteriores permitan modificar esa calificación.

III. PRECISIONES SOBRE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL Y SU RELEVANCIA EN EL CONTROL DE TRANSPARENCIA

Las sentencias de la Sala Primera sobre la relevancia de la *información precontractual* en el análisis del control de transparencia son muy numerosas. La sentencia 593/2017, de 7 de noviembre, hace un recorrido por las resoluciones principales sobre esta cuestión que, en síntesis, resaltan la importancia que para

la transparencia en la contratación con los consumidores tiene la información precontractual que se les facilita, porque es en esa fase cuando se adopta la decisión de contratar. En los últimos años se ha precisado, además, que el hecho de que el préstamo hipotecario no sea concedido directamente al consumidor, cuando este se subroga en un préstamo previamente concedido al promotor que le vende la vivienda, no exime a la entidad bancaria de la obligación de suministrarle toda la información necesaria para adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá subrogarse como prestatario en el préstamo hipotecario, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato (sentencia 643/2017, de 24 de noviembre y otras muchas que reiteran la misma doctrina, hasta la 517/2018, de 20 de septiembre).

En relación con la *intervención notarial*, se ha precisado ya en varias sentencias (entre ellas, la 367/2017, de 8 de junio —de Pleno— y la 486/2018, de 12 de septiembre) que dicha intervención no basta por sí sola para la superación del control de transparencia, no solo por la ya apuntada trascendencia de la información precontractual, que cronológicamente requiere una cierta distancia con la firma de la escritura, sino también por la práctica imposibilidad que tiene el consumidor de rechazar en la notaría la firma de la escritura «*en cuanto que le es indispensable para poder pagar el precio de la vivienda cuya escritura de compra suele firmarse simultáneamente a la escritura de préstamo hipotecario*».

La escritura pública puede contribuir a probar que existió información precontractual (sentencia 171/2017, de 9 de marzo), pero las fórmulas prerredactadas por la entidad bancaria (del tipo «las partes contratantes reconocen y declaran haber conocido, negociado y aceptado íntegramente cuantas cláusulas y condiciones generales de la contratación y de cualquier otra índole, que aparecen incorporadas contractualmente en la presente escritura») carecen de validez a estos efectos, pues además de que su contenido suele verse desmentido por lo realmente acontecido, incurren en la contradicción de calificar las condiciones generales como negociadas. Por ello, este tipo de menciones se interpretan como cláusulas predisuestas precisamente para evitar la aplicación de la normativa protectora de los consumidores (sentencia 486/2018, de 12 de septiembre).

IV. NOVEDADES EN CLÁUSULAS SUELO

1. EFECTOS DE LAS ACCIONES COLECTIVAS DE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN SOBRE LAS ACCIONES INDIVIDUALES

La STS 367/2017, de 8 de junio —de Pleno—, viene a sentar, muy en síntesis, la siguiente doctrina sobre el efecto de las sentencias estimatorias de la acción colectiva en los litigios entablados en virtud de acciones individuales sobre las mismas cláusulas:

- En la resolución de la acción colectiva de cesación, el tribunal debe tomar como referencia al consumidor medio.
- Es también relevante cuál es la naturaleza de la abusividad de la condición general. En el caso de la nulidad de una condición general que regula un elemento esencial del contrato por falta de transparencia, la causa

del carácter abusivo de la condición general estriba en la ausencia de información adecuada por parte del predisponente sobre la existencia y trascendencia de la cláusula contractual, perjudicial para el consumidor. Este déficit de información impide que el consumidor adopte la decisión de contratar conociendo con claridad la carga económica y las consecuencias jurídicas que le supone la existencia de esa cláusula en el contrato y no le permite comparar correctamente la oferta con otras existentes en el mercado.

- En el enjuiciamiento de una acción colectiva de cesación de una cláusula suelo por falta de transparencia se toma también en consideración cuál ha sido la conducta estándar del predisponente en el suministro de la información necesaria para que el consumidor conociera la existencia de la cláusula y su trascendencia en el contrato, concretamente su incidencia en el precio.
- En aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, declarada nula por la STS de 23 de diciembre de 2015, la regla general debe ser que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia.
- El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, y negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual.
- Pueden ser relevantes circunstancias tales como que el consumidor sea una persona con conocimiento experto en este tipo de contratos o que el Banco hubiera suministrado una información precontractual adecuada.

Desde otro punto de vista, las sentencias 127/2017, de 24 de febrero, 334/2017, de 25 de mayo y 357/2017, de 6 de junio analizaron la eficacia de los pronunciamientos de la sentencia dictada sobre la acción colectiva que resulten desfavorables para el consumidor, cuando este no ha sido parte en ese proceso, en el litigio posterior en el que se ejercita una acción individual. Estas sentencias descartan que esos pronunciamientos desfavorables tengan eficacia de cosa juzgada en el proceso instado por el consumidor, a quien no puede perjudicarle un pronunciamiento desfavorable acordado en un proceso en el que no ha podido intervenir. En este sentido, se entiende que el llamamiento regulado en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no es suficiente para justificar la extensión frente a los llamados de la eficacia de cosa juzgada del artículo 222.3 de la misma Ley, de modo que esa eficacia debe quedar limitada a los consumidores no personados que estén determinados individualmente en la propia sentencia, conforme dispone el artículo 221.1-1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En particular, sobre la falta de efectos de cosa juzgada de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, en cuanto a la limitación temporal de los efectos restitutorios asociados a la nulidad de las cláusulas suelo analizadas en dicha sentencia, hay múltiples resoluciones que descartan la cosa juzgada (sentencias 123/2017, de 24 de febrero, 314/2017, de 18 de mayo de 2017, 357/2017, de 6 de junio de 2017 y 593/2017, de 7 de noviembre, entre otras muchas)

2. LA IMPOSICIÓN DE COSTAS EN LAS INSTANCIAS

La STS 419/2017, de 4 de julio —de Pleno—, consideró que las costas de primera y segunda instancia han de imponerse a las entidades bancarias por las siguientes razones:

1.^a. El principio del vencimiento se ha mantenido invariable desde su incorporación en la LEC 1881 y en la LEC 2000, de modo que la no imposición de costas al banco demandado supondría en este caso la aplicación de una salvedad a dicho principio en perjuicio del consumidor.

2.^a. Si en virtud de esa salvedad el consumidor recurrente en casación, pese a vencer en el litigio, tuviera que pagar íntegramente los gastos derivados de su defensa y representación en las instancias, o en su caso de informes periciales o pago de la tasa, no se restablecería la situación de hecho y de derecho a la que se habría dado si no hubiera existido la cláusula suelo abusiva, y por tanto el consumidor no quedaría indemne pese a contar a su favor con una norma procesal nacional cuya regla general le eximiría de esos gastos. En suma, se produciría un efecto disuasorio inverso, no para que los bancos dejaran de incluir las cláusulas suelo en los préstamos hipotecarios sino para que los consumidores no promovieran litigios por cantidades moderadas.

3.^a. La regla general del vencimiento en materia de costas procesales favorece la aplicación del principio de efectividad del Derecho de la Unión y, en cambio, la salvedad a dicha regla general supone un obstáculo para la aplicación de ese mismo principio.

4.^a. En el presente caso, además, la actividad procesal del banco demandado no se limitó a invocar a su favor la anterior doctrina jurisprudencial de esta Sala sobre los efectos restitutorios derivados de la nulidad de la cláusula suelo, sino que se dedicó a plantear toda una batería de óbices en todas las instancias hasta que el asunto quedó definitivamente resuelto.

3. LICITUD DE LA TRANSACCIÓN POR LA QUE EL CONSUMIDOR RENUNCIA A ACCIONES FUTURAS CONTRA EL BANCO A CAMBIO DE UNA REBAJA DE LA CLÁUSULA SUELO

En la STS 205/2018, de 11 de abril —de Pleno—, la Sala defiende la licitud de dicha transacción sobre la base de los siguientes razonamientos:

- La Sala Primera ya había dictado la sentencia de 9 de mayo de 2013 por la que se consideraba la nulidad de las cláusulas suelo que incurrieran en falta de transparencia.
- En enero de 2014 las partes suscribieron sendos documentos privados por los que acordaban un suelo del 2,25%, con renuncia expresa de acciones. El Pleno de la Sala considera que ambos contratos no son novaciones sino transacciones, en la medida en que se conciertan en un momento en que existía una situación de incertidumbre acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los dos contratos originales, y en ellos se advierte la causa propia de la transacción: evitar una controversia judicial sobre la validez de estas dos concretas cláusulas y sus efectos.
- La Sala distingue este supuesto del contemplado en la sentencia 558/17, de 16 de octubre, donde se trataba de una novación modificativa, y no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el

pleito, sino que la finalidad del acuerdo era equiparar el suelo al previsto para otros compradores de la misma promoción.

- El Tribunal Supremo considera que la imperatividad de las normas no impide la posibilidad de transigir, siempre que el resultado del acuerdo sea conforme al ordenamiento jurídico, y que la propia Unión Europea ha impulsado en los últimos años normas relevantes para la solución extrajudicial de los conflictos, como la Directiva 2013/11/CEE sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que se ha incorporado en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley 7/2017.
- Además, la Sala se ha pronunciado sobre la validez de los acuerdos en otros ámbitos como entre asegurador y perjudicado conviniendo una determinada indemnización, o en la reclamación de devolución de cantidades entregadas a cuenta para la construcción de vivienda.
- La firma manuscrita de la transacción contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido.

4. RENEGOCIACIÓN DE LA CLÁUSULA SUELO ANTES DE QUE LA MISMA SURTIERA EFECTO

Es el caso previsto en la STS 489/2018, de 13 de septiembre. La cuestión controvertida suscitada por el motivo de casación es en qué medida esta nulidad puede afectar a posteriores acuerdos contractuales en los que las partes, después de una negociación, pactan un límite a la variabilidad inferior. Esto es: si la nulidad de la cláusula suelo por falta de transparencia impide que el consumidor pueda más tarde, por iniciativa suya, con pleno conocimiento y mediante una negociación con el banco, pactar un suelo inferior a aquel inicialmente convenido en una cláusula nula por falta de transparencia.

- En el caso previsto, la sustitución de un límite inferior por otro no supone una novación extintiva, pues nos hallamos ante la misma obligación.
- El efecto de la nulidad es que la cláusula se tenga por no puesta y, por lo tanto, que no produzca efectos. En consecuencia, en aplicación del artículo 1303 del Código civil, si se hubiera aplicado el límite inferior del 3% a la variabilidad del interés, el banco debería restituir lo cobrado mediante tal aplicación indebida.
- Esta nulidad, sin perjuicio de que la cláusula afectada se tenga por no puesta, no debe impedir que el consumidor, en el ejercicio de la autonomía privada de la voluntad, libremente y con conocimiento de lo que hacía, fruto de una negociación, convenga con el empresario la sustitución de aquella cláusula (nula por falta de transparencia) por otra que ya no adolece de ese defecto, ni consta sea fruto de un consentimiento viciado.
- Con ello, no se merma el principio de efectividad del artículo 6.1 de la Directiva, pues la cláusula originaria afectada por el defecto de falta de transparencia se tiene en todo caso por no puesta. La única que puede operar es la cláusula posterior, negociada por las partes.
- El hecho de ser una cláusula negociada la excluye de la aplicación de la Directiva 93/13, pues no se trata de una cláusula predispuesta por el empresario, sino el fruto del acuerdo entre las partes.

V. INTERESES DE DEMORA

Como consecuencia de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de agosto de 2018, Escobedo Cortés (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17), el Tribunal Supremo dictó la STS 671/2018, de 28 de noviembre —de Pleno—, manteniendo la jurisprudencia nacional, incontestablemente refrendada por el TJUE en el siguiente sentido:

- Es nulo el interés de demora tanto de préstamos personales como de préstamos hipotecarios que exceda en dos puntos el interés remuneratorio.
- La consecuencia de la nulidad de la cláusula es la imposibilidad de integración de la misma.
- No supone integración —prohibida por el derecho UE— que el préstamo siga devengando intereses remuneratorios en caso de mora del prestatario, pues estos retribuyen el préstamo, mientras que los intereses de demora suponen una indemnización pactada por el incumplimiento del deudor.

Las sentencias 7/2019, de 11 de enero, y 63/2019, de 31 de enero, reiteran esta misma doctrina.

VI. HIPOTECA MULTIDIVISA

Tras la primera sentencia de la Sala Primera, donde se analizaba la hipoteca multivisa como un derivado y a la luz del error vicio y de la Directiva MIFID, la sentencia del TJUE de 3 de diciembre de 2015, asunto Banif Plus (C-312/14) obliga a un nuevo giro jurisprudencial, completado por la sentencia del TJUE de 20 de septiembre de 2017, Andriciuc, (C-186/16), que hace adaptar al Tribunal Supremo su propia jurisprudencia y analizar la cláusula de denominación en divisas, llegando a las siguientes conclusiones en la STS 608/2017, de 15 de noviembre —de Pleno—:

- En el caso de contratación con consumidores, las cláusulas multivisa deben ser objeto de control de transparencia.
- No basta que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el consumidor contratante pueda conocer de forma real la carga jurídica y económica del contrato.
- Se debía explicar al consumidor contratante sobre los riesgos de su contratación, incluyendo, muy especialmente, la posibilidad de que, a pesar de las amortizaciones del préstamo en plazo, el capital pendiente no disminuyera, sino que aumentara debido al riesgo de los tipos de cambio.

Las sentencias 599/2018, de 31 de octubre, y 669/2018, de 16 de noviembre se pronuncian en el mismo sentido. Esta última se refiere a una escritura de novación de un préstamo hipotecario en euros por la que se cambió la moneda inicial del préstamo por el franco suizo, en una modalidad que se aparta del formato habitual de las hipotecas multivisa comercializadas en España.

Más recientemente, la STS 158/2019, de 14 de marzo, ha vuelto a reiterar la doctrina, analizando por primera vez un documento empleado recurrentemente por la entidad bancaria Bankinter cuyo contenido había sido considerado adecuado y suficiente por la Audiencia Provincial. Sin embargo, el Tribunal Supre-

mo considera que el documento «*se circunscribe a una comparación entre las cuotas a pagar según que el préstamo se concertara en euros o en alguna de las divisas utilizadas por Bankinter en los préstamos hipotecarios multidivisa; a una advertencia genérica sobre la existencia de un “riesgo de cambio”; y a la existencia de comisiones por la utilización de las divisas distintas del euro. Se trata de un documento que resalta las ventajas del préstamo en divisas (el importe de la cuota inicial del préstamo en yenes era de poco más de la mitad que el de la cuota del préstamo en euros y sin embargo se amortizaba casi el doble de capital), pero no informa sobre la naturaleza del “riesgo de cambio” o las consecuencias de la fluctuación de la divisa a que hace mención*».

VII. CLÁUSULA IRPH

La STS 669/2017, de 14 de diciembre —de Pleno—, estimó el recurso interpuesto por Kutxabank contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava que declaraba la nulidad de la cláusula IRPH (índice de referencia de préstamos hipotecarios).

La sentencia consideró que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo puede ser una condición general de la contratación, y no constando en el caso concreto que fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos necesarios para su calificación como tal.

La Sala explicó también que, frente a los préstamos en los que se pacta un interés fijo, existen los préstamos con un interés variable, referenciados a un determinado índice, en relación con el precio del dinero (Mibor, Euribor, IRPH) más un margen o diferencial, establecido en términos porcentuales, que se suma o resta al índice de referencia, y examina las diferentes normas que han regulado la utilización del IRPH hasta su desaparición. En el caso, el préstamo fue referenciado al índice IRPH Entidades, definido legalmente, por lo que no corresponde al control de la jurisdicción civil conocer si dichos índices aplican o no la normativa reguladora, sino a la Administración. Por tanto, el IRPH como tal no puede ser objeto de control de transparencia, puesto que tanto la Ley de Condiciones Generales de Contratación como la Directiva 93/13, de protección de los consumidores, excluyen de su ámbito de aplicación las condiciones generales que reflejen disposiciones legales o administrativas, aunque sí pueda serlo la cláusula que lo incorpora.

Para determinar la transparencia de la cláusula que incorpora el índice de referencia (IRPH-Entidades) habrá que ver si el consumidor era consciente, porque hubiera sido informado, de que esa cláusula configuraba un elemento esencial del préstamo, así como la manera en que se calculaba el interés variable. Dado el carácter esencial de la propia cláusula, no cabe considerar que el consumidor no advirtiera su importancia económica y jurídica o no pudiera conocer que el interés resultante en dicho periodo se calculaba mediante la aplicación de un índice oficial, consistente en una media de los índices hipotecarios de todas las entidades que actuaban en España, al que se sumaba un margen o diferencial.

Al tratarse de índices oficiales utilizados por las diversas entidades financieras en sus ofertas comerciales, resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, conocer que se utilizan diferentes sistemas de cálculo del interés variable y comparar las condiciones utilizadas por los distintos prestamistas en un elemento tan esencial

como el propio precio del préstamo, sin que fueran exigibles a la entidad bancaria los requisitos que la Audiencia planteaba en su sentencia.

La Sala Primera sostiene que no puede afirmarse que el IRPH resulta en todo caso más caro cuando resulta que el préstamo todavía no ha llegado ni a la tercera parte de su plazo de vigencia, puesto que se pactó en 2006 por un periodo de 35 años y se desconoce qué sucederá en los 24 años que todavía quedan para su extinción. En la práctica, la Audiencia acabó haciendo un control de precios, al declarar la nulidad de una condición general de la contratación porque el precio resultante sea más o menos elevado, lo que no es admisible.

Por eso, el Tribunal Supremo puntualiza que, si se siguiera la argumentación de la Audiencia para declarar nula la referencia al IRPH, también habría que declarar nulas las referencias al Euribor en otros préstamos si en cualquier etapa de su vigencia la evolución del Euribor hubiera sido menos favorable para el consumidor.

VIII. GASTOS E IMPUESTOS. COMISIÓN DE APERTURA

La Sala Primera dictó dos sentencias en marzo de 2018 —SSTS 137 y 148/2018, de 15 de marzo, ambas de Pleno— relativas a la consecuencia de la nulidad de la cláusula por la que se atribuía al prestatario el pago de los impuestos del préstamo. En enero de 2019 ha dictado otras cinco donde, además de reiterar la doctrina en relación con la carga tributaria de la operación, tras desdecirse el Pleno de la Sala Tercera de la decisión adoptada por su sección de tributario de modificar su anterior jurisprudencia, ha resuelto sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula atributiva de otros gastos de la hipoteca-arancel notarial, arancel registral, gastos de gestoría y la comisión de apertura.

Se trata de las SSTS 44, 46, 47, 48 y 49/2019, de 23 de enero (todas ellas de Pleno).

En cuanto a la comisión de apertura, tras examinar la normativa sectorial aplicable al caso (tanto la nacional como la de la Unión Europea), el Tribunal Supremo considera que la comisión de apertura no es ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen sendas partidas del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales. Uno y otra deben incluirse en el cálculo de la TAE, que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo.

Por esa razón, la Sala concluye que la comisión de apertura no es susceptible de control de contenido, sino exclusivamente de control de transparencia, que considera superado o cumplido porque *«es de general conocimiento entre los consumidores interesados el hecho de que, en la gran mayoría de los préstamos hipotecarios, la entidad bancaria cobra una comisión de apertura además del interés remuneratorio; es uno de los extremos sobre los que la entidad bancaria está obligada a informar al potencial prestatario de acuerdo con la regulación de las fichas normalizadas de información y, de hecho, suele ser uno de los extremos sobre los que versa la publicidad de las entidades bancarias; se trata de una comisión que ha de pagarse por entero en el momento inicial del préstamo, lo que hace que el consumidor medio le preste especial atención como parte sustancial del sacrificio económico que le supone la obtención del préstamo; y la redacción, ubicación y*

estructura de la cláusula permiten apreciar que constituye un elemento esencial del contrato».

En segundo lugar, la Sala se pronuncia sobre los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye al prestatario la totalidad de los gastos e impuestos, ya declarada nula por la sentencia 705/2015, de 23 de diciembre.

1. Son pagos que han de hacerse a terceros —no al prestamista— como honorarios por su intervención profesional con relación al préstamo hipotecario. La declaración de abusividad no puede conllevar que esos terceros (notarios, gestores, registradores) dejen de percibir lo que por ley les corresponde.
2. El pago de esas cantidades debe correr a cargo de la parte a la que correspondiera según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato.

En cuanto al arancel notarial, la Sala precisa que la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. Esta misma solución procede respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto; y las copias de las distintas escrituras notariales relacionadas con el préstamo hipotecario deberá abonarlas quien las solicite, en tanto que la solicitud determina su interés.

En cuanto al arancel registral, la Sala mantiene que la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca. En cambio, la inscripción de la escritura de cancelación interesa al prestatario, por lo que a él le corresponde este gasto.

La Sala, por último, reitera que el sujeto pasivo del impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario, como ya acordó en las sentencias 147 y 148/2018, de 15 de marzo, cuya doctrina se corresponde con la de las sentencias del Pleno de la Sala Tercera de este Tribunal Supremo 1669/2018, 1670/2018 y 1671/2018, de 27 de noviembre, que mantienen la anterior jurisprudencia de esa misma Sala Tercera. A esta doctrina jurisprudencial común no le afecta el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (convalidado por el Congreso de los Diputados el 22 de noviembre siguiente), puesto que dicha norma, conforme a su propia previsión de entrada en vigor, solamente es aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con posterioridad a su vigencia y no contiene regulación retroactiva alguna.

Y en cuanto a la atribución de los gastos de gestoría, la Sala también impone el pago de los mismos por mitad.

Como pronunciamiento que complementará estas sentencias, debe tenerse en cuenta que la sentencia del Pleno 725/2018, de 19 de diciembre ya había decidido que, si se declara nula por abusiva la cláusula que atribuye exclusivamente al consumidor el abono de los gastos generados por el préstamo hipotecario, procederá distribuir entre las partes el pago de tales gastos según les correspondería conforme a nuestro ordenamiento jurídico, el efecto restitutorio no es reconducible al artículo 1303 del Código civil, pues no son abonos hechos por

el consumidor al banco que este deba devolver, sino pagos hechos por el consumidor a terceros, por lo que para el restablecimiento de la situación de hecho y de derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse al banco prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido pagar de no haber mediado la estipulación abusiva. Esta situación se entiende asimilable a las figuras del enriquecimiento injusto y del pago de lo indebido y, en materia de intereses, el banco habrá de responder de los intereses legales desde la fecha de abono de los gastos, por ser el momento desde que se benefició por el pago indebido, con aplicación analógica del artículo 1896 del Código civil, en detrimento de la norma general de los artículos 1101 y 1108 del Código civil, pues la calificación de la cláusula como abusiva es equiparable a la mala fe del predisponente.

IX. VENCIMIENTO ANTICIPADO

En relación con la cláusula de vencimiento anticipado por impago de cualquier cuota del préstamo, la STS 705/2015, de 23 de diciembre —de Pleno—, pese a reconocer con carácter general su validez, en el caso concreto declaró su nulidad por no superar los estándares que para su validez establecía la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz, C-415/11. En los mismos términos se pronunció, respecto a las acciones individuales, la STS 79/2016, de 18 de febrero. Sin embargo, la sentencia añadía un razonamiento que la hizo especialmente controvertida, suscitándose varias cuestiones prejudiciales de interpretación por distintos órganos judiciales y por el propio Tribunal Supremo. Era el siguiente:

«La tutela de los consumidores aconseja evitar interpretaciones maximalistas, que bajo una apariencia de máxima protección, tengan como consecuencia paradójica la restricción del acceso al crédito hipotecario y, derivadamente, a la adquisición de vivienda en propiedad.

»Declarada la admisibilidad de las cláusulas de vencimiento anticipado en los términos expuestos, el mismo principio de equilibrio en las prestaciones que ha de presidir su interpretación, revela lo inadecuado de obligar a las entidades prestamistas, ante comportamientos de flagrante morosidad, a acudir en exclusiva a la vía declarativa para obtener la resolución contractual (art. 1124 CC), con cierre de la vía ejecutiva especial legalmente prevista y correlativa obstaculización de la efectividad de la garantía real. Cuando, además, las propias estadísticas oficiales revelan que la duración media pactada de los préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda se incrementó entre 1990 y 2005 de 12 a 25 años, acercándose incluso entre 2006 y 2010 a una media de 26 años; lo que redundaría en la inconveniencia de obligar a la espera de un incumplimiento total en todos los préstamos vigentes a largo plazo que contengan cláusulas de vencimiento anticipado abusivas.

»6. Hemos dicho anteriormente que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el juez nacional puede sustituir una cláusula abusiva por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esta sustitución se ajuste al objetivo del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 y permita restablecer un equilibrio real entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato; si bien 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. Y eso es lo que, a nuestro criterio, como tribunal nacional superior en el orden civil (art. 123.1 CE), sucedería 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; ya que no puede considerarse que el sobreseimiento de la vía ejecutiva hipotecaria sea en todo caso más favorable al consumidor.

»Así, ha de tomarse en consideración la posibilidad prevista en el artículo 693.3 LEC, al reconocer que en los casos en que se reclame por causa del vencimiento anticipado la totalidad de la deuda, el acreedor puede solicitar que, sin perjuicio de que la ejecución se despache por la totalidad de lo adeudado, se comuniquen al deudor que, hasta el día señalado para la celebración de la subasta, podrá liberar el bien mediante la consignación de la cantidad exacta que por principal e intereses estuviere vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo a lo largo del procedimiento y resulten impagados en todo o en parte; y tratándose de vivienda habitual, el deudor podrá, aun sin el consentimiento del acreedor, liberar el bien mediante la consignación de las cantidades antes reseñadas. Aun más, en beneficio del deudor hipotecario, y según el mismo artículo 693 LEC, este no tendrá limitada la posibilidad de liberar el bien en varias ocasiones siempre que medien al menos tres años entre la fecha de la liberación y la del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor. Estamos, pues, ante un remedio enervatorio de la ejecución que permite neutralizar los efectos de la cláusula de vencimiento anticipado con la consiguiente rehabilitación del contrato y, por ende, del crédito hipotecario.

»Asimismo, la legislación otorga al deudor hipotecario otras ventajas específicas en vía ejecutiva, tales como la prevista en el artículo 579 LEC en relación con las posibilidades liberatorias de la responsabilidad del deudor para el caso de adjudicación de la vivienda habitual hipotecada cuando el remate fuera insuficiente para lograr la satisfacción completa; o la contenida en el artículo 682-2-1ª LEC, al establecer que el valor de tasación a efectos de la subasta no podrá ser inferior al 75 por cien del valor de tasación que sirvió para conceder el préstamo.

»Especialidades previstas a favor del deudor hipotecario cuando la ejecución se conduce por la vía del procedimiento específico de los artículos 681 y siguientes LEC, que no resultarían aplicables en el juicio declarativo».

Parte de las cuestiones prejudiciales —entre ellas la planteada por el propio Tribunal Supremo— han sido resueltas por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, asunto Abanca (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17), cuyo fallo es del siguiente tenor:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio

entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

X. MATERIAS CON RELEVANCIA PROCESAL

1. PRECLUSIÓN Y COSA JUZGADA POR EFECTO DE UN PREVIO PROCESO DE EJECUCIÓN

La interacción entre el proceso de ejecución hipotecaria y el posterior declarativo en el que se pretende la nulidad de alguna de las cláusulas del préstamo que sirvió como título de la ejecución ha sido estudiada en dos sentencias. En el caso resuelto por la primera de ellas (sentencia 526/2017, del Pleno, de 27 de septiembre) el prestatario pretendió, a través de un juicio ordinario, la declaración de abusividad y consecuente nulidad de varias cláusulas del préstamo hipotecario, que se había declarado vencido por impago, dando lugar a un proceso de ejecución hipotecaria en el año 2009. En el segundo proceso, declarativo, la sentencia de apelación había apreciado la excepción de cosa juzgada, en la modalidad de preclusión del artículo 400 LEC, porque entendió que los prestatarios pudieron oponer la existencia de cláusulas abusivas en el previo proceso de ejecución, pues a la fecha de inicio del proceso, aunque los artículos 557.1. y 695.1 LEC no contemplaban como causa de oposición la existencia de cláusulas abusivas, ya existía jurisprudencia del TJUE que permitía la apreciación de oficio de esa abusividad. El Tribunal Supremo estimó el recurso extraordinario por infracción procesal y excluyó la viabilidad de la cosa juzgada, porque en la fecha de despacho de la ejecución no existía en las normas citadas un cauce procesal que permitiera la oposición basada en la abusividad, ni era inconcuso en esa época, en la jurisprudencia del TJUE, que el juez pudiera apreciar de oficio la concurrencia de cláusulas abusivas. De hecho, la propia jurisprudencia comunitaria ha fijado la sentencia del caso *Pannon GSM*, de 4 de junio de 2009 (C-243/08) como aquella en la que se atribuye claramente al juez nacional la obligación de examinar de oficio estas cuestiones, cuando tenga elementos para ello.

La segunda sentencia relevante sobre esta materia es la 576/2018, de 17 de octubre. Como en el caso anterior, esta sentencia recuerda (y mantiene) la jurisprudencia de la Sala Primera que había establecido que la cosa juzgada no solo era aplicable respecto de aquellas alegaciones que se realizaron en el proceso de ejecución, sino también respecto de las que, pudiendo haberse efectuado, no se alegaron. Y atribuye fuerza de cosa juzgada al auto que pone fin al incidente de oposición a la ejecución respecto de las cuestiones susceptibles de ser planteadas en ese incidente. En el caso concreto, los fiadores de un préstamo hipotecario ya se habían opuesto en la ejecución hipotecaria alegando la abusividad de varias cláusulas, resultando debatida en la segunda instancia de ese proceso solo la relativa a los intereses de demora y a las comisiones. En el posterior proceso declarativo se planteó la abusividad de la extensión de la fianza y, en concreto, la nulidad de la renuncia a los beneficios de excusión, orden y división.

La sentencia 576/2018 considera que concurren las tres identidades propias de la cosa juzgada y que el hecho de atribuir ese valor al auto en que se resuelve la oposición a la ejecución no afecta negativamente solamente a una de las partes del proceso, el consumidor, sino que afecta a ambas partes: «[a]sí, si la declaración de abusividad no pudiera desplegar todos sus efectos en el proceso de

ejecución (por ejemplo, porque no pudieran restituirse las cantidades cobradas por el acreedor durante la vida del préstamo al ser superiores a la cantidad por la que se despachó la ejecución), en el posterior proceso declarativo que el consumidor entablara para lograr la restitución completa de esas cantidades indebidamente cobradas, el predisponente no podría volver a discutir el carácter abusivo de esa cláusula, puesto que el auto firme que resolvió el incidente de oposición a la ejecución y declaró el carácter abusivo de la cláusula tendría efectos de cosa juzgada positiva en el posterior proceso no afecta negativamente solo al consumidor, sino que afecta a ambas partes y no vulnera los principios de no vinculación y efecto disuasorio de la Directiva 93/13».

2. LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL ARTÍCULO 129 LH

La sentencia 251/2017, de 25 de abril, reitera la doctrina jurisprudencial expresada en la previa sentencia del Pleno 483/2016, de 14 de julio, sobre la cláusula de un préstamo hipotecario que habilitaba la posibilidad de venta extrajudicial por el procedimiento previsto en el artículo 129 LH. Aunque estas dos sentencias se refieren a la redacción del artículo 129 LH en la versión anterior a la reforma introducida por las leyes 1/2013, de 14 de mayo, y 19/2015, de 13 de julio (es decir, cuando no existía ninguna previsión sobre la posibilidad de alegar cláusulas abusivas ni de instar la paralización de la venta notarial por tal motivo), sus pronunciamientos afectan a dos extremos importantes: en primer lugar, la apreciación de que la cláusula que prevé la posibilidad de venta notarial no se refiere al objeto principal del contrato, por lo que, si se cumplen las exigencias de transparencia propias del control de inclusión, «*el posible carácter abusivo de la cláusula no dependerá de la información previa o de cómo se haya presentado, sino de su carácter objetivamente desequilibrado en perjuicio del consumidor*». Y, en segundo lugar, el recordatorio de que la jurisprudencia del TJUE ha considerado que una cláusula que permita al prestamista acudir a la ejecución extrajudicial no es en sí misma abusiva (SSTJUE de 10 de septiembre de 2014 —asunto C-34/13, Kusionová— y 25 de junio de 2015 —asunto C-32/2014, Sugár—).

Por otro lado, desde el punto de vista de efectividad del Derecho de la Unión Europea (esencial, junto con el principio de equivalencia, en los límites que el derecho comunitario impone al principio de autonomía procesal de los Estados), el juicio valorativo del artículo 129 LH, en su redacción previa a las mencionadas reformas, sería negativo, debido a los déficits que presentaba el control de abusividad, siempre que se justificara «*la concreta merma de protección frente a cláusulas abusivas que le ocasionaba aquel cauce de ejecución extrajudicial [...] mediante la indicación de la nulidad de las cláusulas que quería hacer valer*». Sin embargo, en las ejecuciones iniciadas ya con la redacción actual del artículo 129 LH, la valoración es completamente diferente, porque debe realizarse conforme a las posibilidades de control de las cláusulas abusivas que, ahora sí, se prevén en la norma.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 705/2015 (Pleno), de 23 de diciembre
- STS 79/2016, de 18 de febrero

- STS 483/2016 (Pleno), de 14 de julio
- STS 16/2017 (Pleno), de 16 de enero
- STS 123/2017, de 24 de febrero
- STS 127/2017, de 24 de febrero,
- STS 171/2017, de 9 de marzo
- STS 224/2017, de 5 de abril
- STS 251/2017, de 25 de abril
- STS 314/2017, de 18 de mayo
- STS 334/2017, de 25 de mayo
- STS 357/2017, de 6 de junio
- STS 367/2017 (Pleno), de 8 de junio
- STS 419/2017 (Pleno), de 4 de julio
- STS 526/2017 (Pleno), de 27 de septiembre
- STS 558/2017, de 16 de octubre
- STS 593/2017, de 7 de noviembre
- STS 608/2017 (Pleno), de 15 de noviembre
- STS 639/2017, de 23 de noviembre
- STS 643/2017, de 24 de noviembre
- STS 669/2017 (Pleno), de 14 de diciembre
- STS 8/2018, de 10 de enero
- STS 137/2018, de 15 de marzo
- STS 148/2018, de 15 de marzo
- STS 205/2018 (Pleno), de 11 de abril
- STS 314/2018, de 28 de mayo
- STS 356/2018, de 13 de junio
- STS 486/2018, de 12 de septiembre
- STS 489/2018, de 13 de septiembre.
- STS 517/2018, de 20 de septiembre
- STS 548/2018, de 5 de octubre
- STS 576/2018, de 17 de octubre
- STS 599/2018, de 31 de octubre
- STS 669/2018, de 16 de noviembre
- STS 671/2018 (Pleno), de 28 de noviembre
- STS 725/2018 (Pleno), de 19 de diciembre
- STS 728/2018, de 20 de diciembre
- STS 7/2019, de 11 de enero
- STS 44/2019, de 23 de enero
- STS 46/2019, de 23 de enero
- STS 47/2019, de 23 de enero
- STS 48/2019, de 23 de enero
- STS 49/2019, de 23 de enero
- STS 63/2019, de 31 de enero
- STS 158/2019, de 14 de marzo

SALA TERCERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 1669/2018, de 27 de noviembre
- STS 1670/2018, de 27 de noviembre
- STS 1671/2018, de 27 de noviembre

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- Sentencia de 17 de marzo de 1998, asunto Dietzinger (C-45/96)
- Sentencia de 20 de enero de 2005, asunto Gruber (C-464/01)
- Sentencia de 25 octubre 2005, asunto Schulte (C-350/03)
- Sentencia de 10 abril de 2008, asunto Hamilton (C-412/06)
- Sentencia de 14 de marzo de 2013, asunto Aziz (C-415/11).
- Sentencia de 10 de septiembre de 2014, asunto Kusionová (C-34/13)
- Sentencia de 25 de junio de 2015, asunto Sugár (C-32/2014)
- Sentencia de 3 de septiembre de 2015, asunto Costea (C-110/14)
- Auto de 19 de noviembre de 2015, asunto Tarcău (C-74/15)
- Auto de 18 de noviembre de 2016, asunto Dumitras (C-534/15)
- Auto de 27 de abril de 2017, asunto Bachman (C-535/16)
- Sentencia de 20 de septiembre de 2017, asunto Andriuc (C-186/16)
- Sentencia de 25 de enero de 2018, asunto Schrems (C-498/16)
- Sentencia de 7 de agosto de 2018, asunto Escobedo Cortés (asuntos acumulados C-96/16 y C-94/17)
- Sentencia de 26 de marzo de 2019, asunto Abanca (asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17)

4.2. DERECHO BANCARIO

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

Nullity of the general condition of costs assumption in mortgage loans and its corresponding distribution and payment (notary and registry of the execution and the cancellation of the mortgage, appraisal and agency's service costs) according to the judgments of the Spanish Supreme Court rendered on December 23rd 2015, January 23rd 2019 and the remaining case law rendered by the said Court and lower courts

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 concreta distribución en la obligación del pago de tales gastos, que delimita la correspondiente obligación de reembolso, ha seguido generando controversia e inseguridad jurídica porque se han producido pronunciamientos judiciales bien dispares en las diversas instancias.

Recientemente el Tribunal Supremo ha clarificado en cinco resoluciones de 23 de enero de 2019 que los gastos de notaría de formalización del préstamo

hipotecario y de gestoría en principio deben ser sufragados por mitades entre el prestatario consumidor y el prestamista, los gastos de inscripción registral de la garantía hipotecaria deben abonarse en su integridad por el prestamista y los gastos notariales y registrales de su cancelación deben ser pagados en su totalidad por el prestatario consumidor.

Sin embargo, la asunción del gasto de la tasación del inmueble hipotecado sigue sin estar clara debido a la ausencia de pronunciamiento del Alto Tribunal al respecto y a la jurisprudencia menor dispar que ha recaído en este asunto.

Conforme a la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (en lo sucesivo referida como «LCCI»), los prestamistas deberán abonar los gastos de arancel notarial de la escritura del préstamo hipotecario, de inscripción registral y de gestoría. El prestamista persona física (que no tiene que ser consumidor) deberá sufragar los gastos de tasación. Aunque esta distribución únicamente se aplicará a contratos celebrados profesionalmente a partir del 16 de junio de 2019 respecto a inmuebles de uso residencial.

Este artículo pretende abordar minuciosamente la problemática de la abusividad de la imposición de los gastos relacionados con los préstamos hipotecarios, (excepto el del impuesto de actos jurídicos documentados por su especial problemática), analizando el estado actual de la normativa y de la jurisprudencia que se ha dictado en la materia, para clarificar la situación actual, apuntando las certidumbres, incertidumbres y posibles soluciones sobre los principales aspectos controvertidos en este tipo de pleitos.

ABSTRACT: Further to judgment of the Spanish Supreme Court rendered in December 23rd, 2015, which declared the nullity of 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 and without clarification, the specific distribution of the payment obligation of the said expenses that defines the corresponding obligation to repay, has been discussed and subjected to legal uncertainty because there have been very different judicial judgments on this matter rendered by lower and Provincial Courts.

Recently the Spanish Supreme Court has clarified in 5 judgments of January 23rd, 2019 that the notary expenses for the execution of the mortgage loan and the agency fees have to be borne by halves between the borrower who is a consumer and the lender, while the registration fees of the mortgage have to be reimbursed in full by the lender and notary and registration cancellation of the mortgage expenses have to be paid in full by the borrower which is a consumer.

Notwithstanding the above, the assumption of the expenses related to the appraisal of the mortgaged property remains unclear due to the lack of Spanish Supreme Court judgments on the subject and the existence of different criterions in the lower case law.

Pursuant to the Act 5/2019, of March 15, on real estate credit contracts (hereinafter referred to as «LCCI»), lenders must pay the costs of the notary fee of the mortgage loan deed, registration and agency service fees. The individual lender (who does not need to be a consumer) must pay the appraisal expenses. But this distribution shall only apply to contracts professionally entered into from June 16th, 2019 regarding residential real estate properties.

This article aims to thoroughly address the problem of the abuse of the imposition of expenses related to mortgage loans, (except for the tax on legal documented acts due to its specific difficulties), analyzing the current status of the regulations

and the case law that has been rendered on the matter, in order to clarify the current situation, pointing out the certainties, uncertainties and possible solutions on the main controversial aspects of this type of disputes.

PALABRAS CLAVE: Préstamo hipotecario. Gastos notariales. Gastos registrales. Gastos de tasación. Gastos de gestoría. Gastos de cancelación. Consumidor. Condición general abusiva. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

KEY WORDS: *Mortgage loan. Notary expenses. Registry costs. Appraisal expenses. Agency service costs. Cancellation expenses. Consumer. Abusive general condition. Spanish Supreme Court case law.*

SUMARIO: I. LA PROBLEMÁTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL QUE IMPONE LA ASUNCIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO CONSUMIDOR EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.—II. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PRINCIPALES GASTOS RECLAMADOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA ANTERIORMENTE VIGENTE Y LA JURISPRUDENCIA DICTADA: 1. ESCRITURA PÚBLICA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SUS MODIFICACIONES. 2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA. 3. GESTORÍA. 4. TASACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO. 5. ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN DE LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA.—III. ANÁLISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCCL.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA.—VI. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA ABUSIVIDAD DE LA CONDICIÓN GENERAL QUE IMPONE LA ASUNCIÓN DE GASTOS AL PRESTATARIO CONSUMIDOR EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS

Tradicionalmente no se había planteado la posible abusividad de las condiciones generales de los préstamos hipotecarios que imponen la asunción de gastos al prestatario¹. De hecho, en la práctica es frecuente encontrar dentro de las escrituras de préstamo hipotecario una cláusula quinta en virtud de la cual el prestatario se hace cargo de todos los gastos que previsiblemente pueden surgir en relación con la formalización, constitución y tramitación del préstamo y su garantía hipotecaria. La literalidad de las mismas suele ser bastante similar. Dentro de la infinidad de gastos impuestos, 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, del otorgamiento de la escritura pública, de la inscripción de la garantía hipotecaria en el Registro de la Propiedad, del abono del impuesto de actos jurídicos documentados que será tratado en otro artículo de esta sección, de la gestoría que tramita tal inscripción, la liquidación y pago de impuestos, así como la cancelación de la carga hipotecaria. Esos son los gastos estudiados en este artículo, sin perjuicio de la existencia de otra serie de gastos o cláusulas de este tipo de préstamos con consumidores que también puedan ser objeto de declaración de abusividad², o de que haya otros aspectos que suelen ser controvertidos en esta clase de pleitos como la caducidad o prescripción de la acción³, la cuantía del procedimiento⁴, la alegada falta de legitimación pasiva porque las cantidades de

los gastos controvertidos se abonaron a otros profesionales (con la supuesta no obligación de restitución de las entidades financieras⁵), el cálculo de los intereses legales⁶, los efectos de un posible allanamiento parcial respecto de la declaración de nulidad pero no en cuanto a los efectos del abono de los gastos sufragados en cumplimiento de la provisión litigiosa⁷ o las costas⁸.

Evidentemente, esta situación no se produce en todos los casos, ni es merecedora de protección jurídica siempre que haya una condición contractual de este tipo. Para ello, para contratos perfeccionados antes del 16 de junio de 2019, nos tendremos que encontrar con una condición general⁹ que ha sido impuesta a un consumidor que reúna los requisitos establecidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/2015). Así, en el supuesto de que no se trate de 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 contractual¹⁰. De igual manera, hay que tener en cuenta que la disputa objeto de estudio es la suscitada en torno al préstamo hipotecario y no sobre el contrato de compraventa del inmueble para el cual generalmente se otorga dicha financiación. Por consiguiente, los gastos que se reclaman y se analizan son los relacionados con el préstamo hipotecario, por más que usualmente las facturas o documentos justificativos del abono de los gastos vengan de forma conjunta, y a veces, sin diferenciar. Consecuentemente, es la parte actora quien debe en principio poder probar la existencia de los gastos abonados exclusivamente referidos al préstamo hipotecario conforme a lo establecido en el precepto 217.2¹¹ de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante denominada como «LEC»).

Desde un punto de vista práctico forense, puede apuntarse que esta clase de litigios por el tipo de acción ejercitada de nulidad de una condición general, se ventila en procedimientos ordinarios¹², requiere la intervención preceptiva de procurador¹³, son susceptibles de apelación¹⁴ con independencia de la cuantía y tienen asignada la competencia territorial a un único juzgado de primera instancia por provincia mientras siga prorrogándose el Acuerdo de 25 de mayo de 2017 de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se atribuye a determinados juzgados, (con competencia territorial para conocer del caso concreto), para que de manera exclusiva y no excluyente conozcan de la materia relativa a las condiciones generales incluidas en contratos de financiación con garantías reales inmobiliarias cuyo prestatario sea una persona física¹⁵. Todo ello sin perjuicio de que la regulación sustantiva aplicable a cada caso depende de la fecha en la que se celebró el correspondiente contrato¹⁶, por lo que no siempre resulta de aplicación la misma norma o su misma versión. Lo cual no parece que tenga un impacto negativo para la viabilidad de las correspondientes acciones que se ejercitan en los litigios que se estudian en este artículo debido a la similar redacción de las diferentes versiones y regulaciones de consumidores y condiciones generales.

La tradicional asunción no controvertida de los mencionados gastos se quebró con la sentencia del Pleno del Alto Tribunal de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015), en la que una asociación de consumidores ejercitaba una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, solicitando la declaración de abusividad y nulidad de diversas condiciones generales utilizadas por dos entidades financieras¹⁷. En aras a la brevedad, para ajustarse a los límites de extensión de esta publicación y facilitar la consulta de los textos de las resoluciones judiciales, se procederá en este trabajo a directamente reproducir los extractos más relevantes de la doctrina contenida en los

diferentes pronunciamientos judiciales. En concreto, la citada sentencia de 23 de diciembre de 2015 (ROJ 5618/2015) a estos efectos establece:

«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 seriadados de compraventa, sino de préstamo con garantía hipotecaria, la doctrina expuesta es perfectamente trasladable al caso».

Como puede observarse el principal argumento de la reproducida resolución para considerar abusiva la condición general es que recaiga la totalidad del gasto 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 y la constitución de una garantía real. Y ello porque origina un relevante desequilibrio que no se hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada cuando la regulación aplicable permite una distribución más equitativa.

Esta resolución no se pronunció sobre qué concreta distribución de los gastos no sería abusiva. Y desde luego, por la naturaleza de las acciones ejercidas, no se pronuncia sobre la posible obligación de reintegro de los gastos sufragados al amparo de la cláusula litigiosa.

Nótese que, a pesar de la claridad y relativa sencillez del argumento empleado por la STS 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 vinculadas. Por ejemplo, si no hubiera una garantía real la financiación no se concedería o sería a un tipo de interés muy superior. Por lo tanto, es complicado desligar e independizar los intereses y beneficios de las partes en esta clase de operaciones. De igual manera, en este tipo de controversias parece que se deja relativamente al margen, lo cual no resulta deseable para proporcionar una real tutela judicial efectiva al caso concreto que se ventile, la valoración de las circunstancias y pruebas del pleito particular, que determinan a su vez la concurrencia de los correspondientes intereses y beneficios que deciden a la postre la estimación de la válida distribución de los gastos. Así hay supuestos en los que se explicita dentro del texto de la escritura que la finalidad de la tasación es favorecer la posible subasta del bien inmueble hipotecado, fijando su valor a tales efectos. También hay casos en los que el prestamista no ha celebrado contrato alguno con la entidad gestora, que forma parte del grupo societario del banco. Incluso hay supuestos que la entidad gestora se comunica con la entidad financiera en vez de con su pretendido cliente que es el prestatario. Parece que toda esta clase de hechos pueden ser relevantes para el devenir del procedimiento y el resultado de la distribución de los gastos que decreta la sentencia. Aunque la infinidad de demandas que se presentan¹⁸, la similitud de los casos y su fundamentación jurídica, así como la limitación de medios personales y materiales de los juzgados que están conociendo de este tipo de disputas, hace que en la práctica se tienda a la estandarización y a la aplicación del criterio seguido por el Tribunal Supremo, o en su defecto por el órgano judicial que conoce del asunto, como evidencian las resoluciones de las Audiencias Provinciales¹⁹ que aplican con cierto automatismo la jurisprudencia contenida en las SSTS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). Todo ello sin olvidar que generalmente siempre se podrá establecer una distribución más recíproca de los gastos, aunque sea *ex art.* 1255 del Código civil²⁰ del Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último (en lo sucesivo denominado el «Código civil»), y que es difícil precisar qué se considera un

perjuicio relevante, puesto que en la mayoría de los casos la cantidad reclamada es inferior a los 1.000 euros de principal (cuando no se litiga sobre el pago del impuesto de actos jurídicos documentados). A este respecto no puede dejar de reseñarse que dicho perjuicio relevante es causado a un consumidor por un desequilibrio generado por la entidad financiera que redactó e impuso la condición general, lo que parece que también podría ser considerado a efectos de la imposición de las costas, aunque no tenga una cabida clara dentro de su regulación.

Todo ello motivó que antes de las SSTS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), sin la existencia de un criterio claro sobre las cuestiones expuestas, se iniciaran infinidad de pleitos ejercitando acciones individuales de nulidad en base a la abusividad de la condición general de asunción de gastos conforme a la normativa de consumidores y condiciones generales²¹, junto con la acción de reclamación de cantidad de los pagos efectuados en virtud de la estipulación litigiosa al amparo del artículo 1303²² del Código civil.

El resultado de tales acciones ha sido dispar. Frecuentemente se estima la abusividad, pero existe una gran diversidad de criterios sobre la concreta distribución de los gastos. Aunque la jurisprudencia contenida en las cinco SSTS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019) parece que va unificar los mismos, ya que fija una posición clara sobre la obligación de abono (que no de devolución al amparo del art. 1303 CC²³) de los gastos notariales y registrales de constitución de la hipoteca y de su cancelación, así como respecto a los gastos de gestión y tasación. Y dicho posicionamiento está siendo seguido por los tribunales²⁴. Por ello a continuación se va a abordar por separado cada uno de los diferentes conceptos reclamados que se han comentado. Posteriormente se tratará la particular distribución de gastos que será aplicable a partir del 16 de junio de 2019 en virtud de la LCCI.

II. ESTUDIO PARTICULAR DE LOS PRINCIPALES GASTOS RECLAMADOS A LA LUZ DE LA NORMATIVA ANTERIORMENTE VIGENTE Y LA JURISPRUDENCIA DICTADA

1. ESCRITURA PÚBLICA DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO Y SUS MODIFICACIONES

Como previamente se ha anticipado, la nulidad de la asunción de este gasto en su totalidad y sin discriminación alguna no suele ser controvertida²⁵.

En cuanto al abono de estos gastos en primer lugar hay que resaltar que este caso, al igual que sucede con la inscripción en el Registro de la constitución de la hipoteca o su cancelación, los honorarios percibidos por el profesional correspondiente están sujetos a arancel. Lo cual evita que el gasto que se reclame esté fuera de lo que se consideraría razonable dentro del mercado.

En segundo lugar, se debe reseñar que el obligado a abonar el arancel notarial está claramente delimitado en la propia normativa. En concreto, la norma general de aplicación sexta del Anexo II del vigente Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, establece:

«La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

A pesar de la claridad y rotundidad de la literalidad de la norma reproducida, esta no resuelve la disputa planteada en este tipo de litigios por diversas razones. Una de ellas es que no suele estar claro quién en realidad requirió los servicios del notario. No suele haber una documentación que lo evidencie, excepto las facturas que, en cumplimiento de lo dispuesto en la estipulación general litigiosa, están dirigidas al prestatario. Tampoco está claro por la interrelación de intereses entre prestamista y prestatario a quien beneficia en mayor medida. Por ello hay pronunciamientos judiciales que van desde la desestimación de la obligación de restitución de este gasto²⁶, al aparentemente posicionamiento mayoritario que entiende que los gastos se deben abonar al 50% entre el prestatario y el prestamista²⁷, a las que postulan que debe sufragarse enteramente por el prestamista, debiendo este reintegrar tal gasto al prestatario consumidor²⁸. Una resolución clarividente del primer criterio expuesto la encontramos en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (ROJ PO 405/2017), que, tras reproducir el antecitado precepto sobre el arancel notarial, indica:

«La verdad, es que no compartimos exactamente la afirmación de que el otorgamiento del documento que genera el arancel por el notario, sea del exclusivo interés del prestatario, la documentación pública interesa y conviene a ambas partes como concierto de voluntades que contiene: el prestamista se ve protegido en caso de incumplimiento por el prestatario (pago de las cuotas, por ej.) y este en caso de incumplimiento de la entidad de crédito (plazo, tipo de interés, por ej.), además de las exigencias de legalidad e imparcialidad a que se contrae el artículo 147 del RN.

Así es, en la práctica, tratándose de préstamos hipotecarios, lo habitual es que se encargue formalmente la escritura tanto por el comprador personalmente o a través de la agencia inmobiliaria que le ha auxiliado en la compra del inmueble o del gestor que le buscó la financiación (cada vez más habitual), como por la entidad de crédito; aunque en el fondo la realidad del tema o lo que tenemos que preguntarnos es ¿quién ha activado todo el mecanismo? Parece que la respuesta lógica es que fue la parte compradora y prestataria, la cual está interesada en la adquisición de un inmueble mediante compraventa y para la que el préstamo hipotecario es el medio de satisfacer todo o parte del precio de la vivienda.

La formalización de la escritura de compraventa la solicitan e instan las partes contratantes en la misma, quienes presentan en Notaría los títulos correspondientes, advirtiendo que para el pago del precio se otorgará un préstamo hipotecario que gravará la finca adquirida. No obstante, la garantía se constituye en interés del banco.

Como vemos, no tenemos elementos de juicio en el procedimiento para valorar el primer elemento que señala el Arancel del 89 para indicar de quien se obtendrá la satisfacción de los honorarios, —«a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del notario»—, por lo menos, con la seguridad de dar una respuesta a los litigantes por parte del Tribunal.

Pero sí la encontramos en el segundo criterio fijado en el Arancel, se viene a imputar los gastos de las escrituras al obligado fiscalmente al pago del impuesto de ellas derivado, tenemos que concluir también, como antes ya aclaramos, que no es otro que el prestatario.

Así mismo, visto el planteamiento de la demanda en la que se solicita la nulidad de la Cláusula Quinta en abstracto y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna so-

bre los concretos pagos efectuados en este caso al notario, en cuya factura se giran aranceles por honorarios y copias, se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada también por la entidad financiera por lo que tampoco es posible concluir que a esta correspondía, en este caso, efectuar algún pago de la misma.

En suma, los Aranceles notariales abonados por los prestatarios demandantes, a quienes incumbía el pago según el RD1426/1989, de 17 de noviembre, que regula la función del fedatario, no serán objeto de devolución, estimándose con ello el Recurso».

Es decir, conforme al criterio expuesto, la falta de acreditación de quien lo requirió, la ausencia de concreción de los diferentes conceptos del arancel reclamado (aunque en la práctica puede ser complicado para el demandante poder demostrar un mayor desglose), la persona a la que va dirigida la factura, así como la normativa fiscal sobre el impuesto de las escrituras, son determinantes para sostener que el prestatario debe asumir el arancel notarial de la escritura del préstamo que constituye la garantía hipotecaria en un mismo instrumento, sin que puedan diferenciarse los aranceles del préstamo y de la hipoteca²⁹. La falta de prueba opera completamente en contra del demandante, lo cual, si bien es coherente con lo dispuesto en el artículo 217 de la LEC, también podría entenderse según tal precepto que debe ser la entidad financiera quien debe probar, ante la alegación del demandante que presenta la factura, qué conceptos e importes de la misma no le corresponde abonar.

Nótese que ese es un supuesto distinto del que no se concede restitución alguna por su falta de solicitud en la demanda³⁰ o por la insuficiencia de concreción de la liquidación de los gastos³¹ o de cuantificación de la cantidad reclamada³².

Dentro de los pronunciamientos que estiman que este gasto se debe asumir en igual proporción entre prestamista y prestatario podemos resaltar la SAP de Granada, Sec. 3.ª, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018), que a estos efectos señala:

«En cuanto a los honorarios notariales, solicitando la actora la devolución por este concepto de 588,95 euros, hemos señalado:

El Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, en su anexo 2.º, norma 6.ª establece que: “La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”.

Por su parte, el artículo 63 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado dispone que la retribución de los Notarios estará a cargo de quienes requieran sus servicios y se regulará por Arancel notarial».

«...si ambas partes acuden al notario para formalizar su relación contractual, para lo cual incluso podrían compelerse recíprocamente conforme al artículo 1279 en relación con el artículo 1280 del Código civil, es que ambas, por acto concluyente suyo, solicitan la intervención notarial por lo tanto, por tal circunstancia y en ausencia de otras pruebas, serían deudoras de los aranceles por los servicios prestados, como igualmente lo serían por las normas de derecho sustantivo, en tanto en cuanto ostentan, por tal circunstancia, la condición de deudoras del precio por los servicios profesionales prestados (art. 1544 CC),

vínculo obligacional distinto del propio del negocio jurídico autorizado por el fedatario interviniente».

«Al considerar a ambos contratantes, en defecto de otro criterio susceptible de ser adoptado en este caso, como deudores de la intervención notarial, frente al fedatario público acreedor ostentan la condición de deudores en manifestación de solidaridad tácita, habida cuenta de la existencia de una comunidad jurídica de objetivos en la formalización de sus pactos en instrumento notarial, con indiscutibles ventajas comunes e interna conexión entre los otorgantes, derivada de la requerida prestación de los servicios notariales (SSTS de 28 de octubre de 2005, recurso 233/1999, 535/2010, de 30 de julio y 198/2015, de 17 de abril entre otras). Por lo que, en sus obligaciones internas, los litigantes responderían a partes iguales (arts. 1145 II, en relación con el art. 1138 CC), sin perjuicio, en cualquier caso, de la presunción derivada de este último precepto, conforme al cual si del texto de las obligaciones a las que se refiere el artículo 1137 no resulta otra cosa —nada consta en este caso— el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros».

Con esta interpretación no se integra o aplica parcialmente la estipulación nula, sino que determinamos qué devolución resulta procedente como consecuencia de la nulidad declarada, tras resultar inaplicable la cláusula de gastos que nos ocupa.

Por todo ello decantándonos, por el criterio que mantiene que los honorarios examinados en este apartado deben abonarse por partes iguales, con la salvedad de las copias expedidas para cada parte, cuyo abono corresponde al que requirió su expedición, debiendo pagarse también por mitad, cuando, como aquí ocurre, no hay ninguna prueba sobre las copias pedidas por cada parte, ni siquiera especificada por ellas en sus alegaciones, precisando de su expedición ambos litigantes, el prestatario para la liquidación del impuesto y el Banco de la primera copia para salvaguardar sus derechos de ejecución, en definitiva, debe abonar el Banco el 50% de la totalidad de los honorarios del notario, es decir, 294,48 euros».

Por lo tanto, podría resumirse el posicionamiento expuesto en que se aplica la solidaridad del artículo reproducido porque tanto el prestamista como el prestatario, al comparecer ante el notario para este acto, han solicitado su intervención y ambos tienen interés en ello. Pero este criterio resulta aplicable por la aplicación de la presunción del referido precepto en defecto de prueba que permita rebatirlo.

Por último, como ejemplo de resolución que impone la totalidad del gasto notarial de la constitución de la hipoteca al prestamista, podemos citar la SAP de Asturias, Sec. 5.ª, de 19 de julio de 2017 (ROJ SAP O 2200/2017), que dice:

«Es decir, el posicionamiento del recurrente se sostiene sobre la premisa de que el otorgamiento de la escritura de préstamo hipotecario y de su inscripción en el Registro se hace en interés del prestatario y por eso esos gastos deben de ser de su cuenta.

Esto no es así, en nuestra sentencia precitada de 1 de febrero de 2017, siguiendo la estela marcada por la del TS de 23 de diciembre de 2015, ya señalábamos que el interesado en el otorgamiento de la escritura y su inscripción es el prestamista como titular de la garantía. Como es que la sentencia recurrida transcribe nuestra sentencia y la del TS en lo que aquí interesa, damos por reproducido lo dicho.

Pero viniendo en ahondar en ese dicho de ponderarse que el préstamo, para su perfeccionamiento, no requiere de forma solemne sí en cambio la hipoteca

para cuya eficacia es, además, necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 145 LH). De otro lado, las hipotecas voluntarias pueden clasificarse en convencionales y unilaterales (art. 138 LH) según su constitución sea fruto de la convención entre el garante titular del bien hipotecado y el garantido y unilaterales en las que la hipoteca se constituye unilateralmente por quien tiene la libre disposición del bien que procederá a su inscripción y cuya eficacia se hace depender de la posterior declaración de aceptación de la persona a cuyo favor se establece y la inscripción de dicha declaración en el registro mediante nota marginal (art. 141 LH). La distinción es relevante y viene al caso porque se sostiene que el otorgamiento de la escritura y su inscripción es en beneficio e interés del prestatario cuando lo cierto es que la constitución de la hipoteca aparece convenida con el prestamista como condición para el otorgamiento del préstamo y, por tanto, en su exclusivo interés pues, de no mediar esa garantía, el otorgamiento de la escritura pública, su gasto y el de la inscripción, no sería ineludible. En este sentido se han pronunciado la sentencia de la AP de Madrid sección 12.^a de 29 de febrero de 2016 o la de Valencia sección novena de 27 de abril de 2016».

Consecuentemente, se estima que el interés y beneficio principal es el del prestamista, puesto que constituir la garantía que le beneficia, ya que no es necesaria la formalidad del documento público para la perfección del préstamo. Profundizando en este sentido se podrían apuntar también los siguientes intereses del prestamista:

- La escritura pública otorga al banco un título ejecutivo *ex* artículo 517.2.4.º de la LEC³³.
- Obtendría y adquiriría a su vez la posibilidad de ejecución especial prevista en el artículo 685 del citado texto.
- El hecho de documentar e inscribir el precitado negocio jurídico sirve al banco para constituir la garantía real a la luz del mandato contenido en el artículo 2.2 del Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo referido como «LH») y del artículo 1875 del Código civil.

De igual manera parece aconsejable en todo caso para determinar la asunción de este gasto atender a hechos como:

- Información real proporcionada al prestatario consumidor sobre la posibilidad de elegir al notario, posible coste, etc.
- Quién elaboró la minuta de la escritura pública.
- Vinculación de las partes con la Notaría, como otorgamientos anteriores y posteriores, cercanía física respecto de ellas, etc. Esto puede ser un indicio de quien realizó la elección real.
- Control o designación del notario por la entidad financiera conforme a las cláusulas contractuales.
- Asunción contractual expresa de gastos como la primera copia de la entidad por parte del prestatario consumido (que por normativa no le corresponden).

El Alto Tribunal por su parte parece haber acogido el posicionamiento mayoritario en cinco sentencias de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019), que tienen una dicción

y unos hechos muy similares. A modo de ejemplo, la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019) señala:

«1. En lo que respecta a los gastos de notaría, el artículo 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en Arancel.

En primer lugar, la diversidad de negocios jurídicos —préstamo e hipoteca— plasmados en la escritura pública no se traduce arancelariamente en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado; sino que, en armonía con lo antes razonado, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

A su vez, la norma Sexta del Anexo II, del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente».

Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.^a LEC), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención de un préstamo con garantía hipotecaria, a un interés generalmente inferior al que obtendría en un préstamo sin dicha garantía.

Es decir, como la normativa notarial 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 garantía hipotecaria—, es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento.

2. Esta misma solución debe predicarse respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario, puesto que ambas partes están interesadas en la modificación o novación».

Por consiguiente, según la jurisprudencia consolidada en 5 pronunciamientos del Alto Tribunal, los gastos notariales, tanto de constitución, como de modificación de la escritura deben sufragarse al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor.

A su vez, hay que resaltar la importancia de los hechos para aplicar cualquiera de las doctrinas expuestas (aunque la literalidad de los pronunciamientos del Tribunal Supremo parece abstraerse algo de ello), porque a veces sucede que la propia escritura pública indica que la minuta fue remitida por el banco y de hecho la factura no se manda por la Notaría al prestatario, sino que es remitida por la entidad financiera. Estos hechos parece que pueden ser relevantes conforme a cualquiera de los posicionamientos expuestos para determinar quién y en qué proporción se debe asumir este gasto.

2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DE LA HIPOTECA

La imposición de este gasto al prestatario consumidor sin discriminación alguna es considerada generalmente nula por los tribunales³⁴. Como se indicó en el apartado anterior, los honorarios de los registradores de la propiedad se

establecen por arancel. En este sentido la norma general de aplicación octava en su apartado 1 del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad dispone:

«Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado».

A este respecto nos encontramos con resoluciones judiciales que distribuyen este gasto al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor (muy minoritarias)³⁵ y otras que imputan el 100% a la entidad financiera (la mayoría)³⁶ o al prestatario (también pocas). Un ejemplo del último criterio lo podemos encontrar en la SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017), que indica tanto respecto de este arancel como el notarial:

«Lo mismo sucede con el pago de aranceles notariales y registrales, toda vez que la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, vigente en esa fecha, establece que “La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”, pues según la normas fiscales el interesado en el otorgamiento y posterior inscripción es el prestatario que además en este caso ha de estimarse fue la requirente de este servicio al ser a su instancia y solicitud por lo se amplió la hipoteca para cuya constitución e inscripción era necesario el otorgamiento de la citada Escritura pública, pues aunque de acuerdo con la doctrina contenida en la STS de 21 de diciembre de 2015, esa ampliación y la formalización previa notarial e inscripción registral también beneficia a la entidad financiera, lo que permitiría distribuir equitativamente entre las partes ese concreto gasto, lo cierto es que en las facturas giradas por Notaría y Registro, no se detalla el mismo ni es por ello posible su determinación y concreta cuantificación.

Abunda en tal desestimación el planteamiento de la demanda en la que se predica la nulidad de la estipulación abstracta y el reintegro en su totalidad de los pagos efectuados en concepto de aranceles, sin hacer precisión alguna sobre los concretos pagos efectuados en este caso al Notario, únicos en cuya factura se giran aranceles por copias, de modo que se desconoce por completo si alguna de ellas pudo ser instada por la entidad financiera, lo que, unido a la ausencia de detalle ya razonado, hace que no sea posible concluir que a esta correspondía en este caso efectuar algún pago de la misma. Lo cierto es que la factura notarial, fechada el 18 de julio de 2006, (doc. 2 al folio 51) fue girada contra la prestataria actora, como también los gastos de registro (f. 52vto), documentos que junto al de abono del impuesto fueron recibidos por la misma, y los gastos soportados sin objeción durante más de 9 años, lo que constituye un poderoso indicio de su conocimiento y conformidad con la asunción contractual de todos ellos, y avala aún más la procedencia del rechazo de su reintegro».

Es decir, la falta de determinación y concreción de la cantidad reclamada, así como la falta de reacción durante años frente al gasto abonado sustentan esta corriente jurisprudencial.

Un ejemplo de la distribución de gastos por partes iguales lo encontramos en la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019), que establece:

«a) En cuanto a los gastos notariales y registrales, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido».

Por consiguiente, según esta sentencia la interrelación de los negocios jurídicos del préstamo y la garantía hipotecaria hace que haya unos intereses y beneficiados de ambas partes que justifica el reparto en la asunción del gasto en ausencia de una norma sectorial que regule la cuestión.

Una exposición ilustrativa del segundo posicionamiento comentado lo encontramos en la SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (SAP PO 405/2017), que señala:

«En cuanto al Arancel de los Registradores: La persona obligada resulta de la norma octava del Anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, señala que los derechos del registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho.

Si bien cabe defender que la inscripción en el Registro y la gestión que corresponda pudieran ser de cargo del Banco acreedor aunque, desde otros puntos de vista se apunte que es una cuestión compleja, pues la hipoteca inscrita es una garantía que el comprador ofrece al Banco para conseguir la deseada financiación, la inscripción de la hipoteca es imposible si no es el dueño el que intenta procurarla consintiéndola; y, es difícil que el Banco entregue el dinero para el pago del precio si no puede cerciorarse de la inscripción de la garantía a su favor mediante la gestión de todo el proceso de inscripción de compraventa e hipoteca. Por otra parte, es obvio que la existencia de la hipoteca beneficia al prestatario en cuanto que la misma disminuye el coste de financiación, permite unos tipos de interés menores, así como la dotación de las provisiones por insolvencia a la entidad que es menor cuando hay garantía hipotecaria que cuando no la hay.

El TS continúa diciendo que se considera abusiva la estipulación que ocasione al consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada (de ahí la referencia a la oferta vinculante que hacíamos más arriba). La sentencia del Pleno de 23 de diciembre de 2015 expresa que “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”.

Realizando el mismo análisis que en el FJ anterior sobre Tributos, resulta que la supresión o expulsión de la cláusula del contrato determina la aplicación de la norma reguladora, el RD de 1989 citado, y por tanto, que los pagos de los gastos registrales se abonen por la parte a cuyo favor se inscriba el derecho, esto es, el Banco, no existiendo constancia expresa de que por parte de los prestatarios se hubiera asumido el pago de este arancel fruto de una negociación individual, por lo que en este caso se impone la condena a su devolución por importe de 150,56 euros».

Es decir, en ausencia de negociación individual (lo que nuevamente pone de manifiesto la importancia de los hechos), se estima que a pesar de que haya posibles intereses del prestatario consumidor, la inscripción se realiza eminentemente a favor del banco beneficiario de la garantía hipotecaria que se inscribe, debiendo este abonar los gastos.

Sin perjuicio de lo anterior, también puede reseñarse siguiendo a la doctrina³⁷, que el préstamo no necesita acceder al Registro. Lo cual evidencia que este trámite está relacionado exclusivamente con la garantía hipotecaria. Aunque siempre se puede entender que sigue habiendo la interrelación de intereses que comenta la jurisprudencia respecto de ambos negocios jurídicos.

En línea con el último posicionamiento comentado, pero sin atender expresamente a los hechos o a los posibles beneficios del prestatario consumidor, la controversia sobre la específica distribución también parece haber sido zanjada por los cinco pronunciamientos del Alto Tribunal de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 102/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En concreto, en la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019) se dice:

«1. En lo que atañe a los gastos del Registro de la Propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

“Los derechos del Registrador se pagarán por aquel o aquellos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado”.

Con arreglo a estos apartados del artículo 6 LH, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita (b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (c).

A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

2. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario».

Por lo tanto, en este caso el Tribunal Supremo, atendiendo a que la literalidad del precepto objeto de aplicación no hace referencia al interés en la operación, considera que el efecto favorable de la inscripción es imputable a la entidad financiera, debiendo esta sufragar tal gasto en su totalidad.

3. GESTORÍA

No resulta infrecuente, y más cuando estos trámites no se podían hacer telemáticamente por la Notaría o por el propio interesado, que se contratara a una gestoría para liquidar y presentar la declaración del impuesto de actos jurídicos documentados que devenga la escritura del préstamo hipotecario, así como la inscripción en el Registro de la carga hipotecaria y la actualmente de la compraventa del inmueble para la que solicitó la financiación (cuyo arancel de inscripción no suele reclamarse al beneficiario) de forma menos controvertida al prestatario adquirente del inmueble. Por la propia naturaleza de los trámites ya puede intuirse que la no abusiva asunción de los gastos dependerá, o podría depender, de quién se entiende que es el beneficiario de cada uno de dichos trámites.

Sobre este elemento hay menos sentencias, ya que no siempre se ha reclamado. Las posturas jurisprudenciales usuales van desde la distribución al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor³⁸, a la imposición del 100% al prestamista³⁹ o al prestatario⁴⁰. Un ejemplo del último criterio expuesto se encuentra en la SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017), que al respecto establece:

«Reintegro que tampoco procede en relación al gasto de gestoría para el otorgamiento de la escritura, inscripción registral y pago del impuesto, en cuanto esa gestión no fue realizada por la entidad financiera demandada, sino por una gestoría ajena a la misma, que no consta fuera impuesta por la citada, y en todo caso se trata de un gasto que deriva de un encargo que realizó la propia actora a cuyo nombre fue expedida la factura correspondiente en fecha 28 de septiembre de 2006».

Es decir, al no constar prueba de la imposición, no ser prestada por la entidad financiera tal servicio y derivar de un encargo realizado en nombre del prestatario, dirigiéndose también a él la factura, se entiende que no hay obligación de restitución alguna por parte de la entidad financiera.

Un pronunciamiento clarificador sobre la asunción del gasto de gestoría en su integridad por la entidad financiera es la SAP de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), que estipula:

«Respecto a los gastos de gestoría cabe reproducir los mismos argumentos. No existe norma legal de atribución de los mismos. Al no haberse procedido, en el contrato, a su reparto equitativo, no puede sino atenderse, al criterio del interés económico. La intervención de la gestoría no es necesaria ni obligatoria, solo conveniente en beneficio del banco».

Por consiguiente, la falta de obligatoriedad del trámite y el declarado beneficio del banco es lo que sustenta esta posición.

El razonamiento de la distribución del gasto por mitades entre ambas partes se muestra en la SAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019), que al respecto lacónicamente dice en cuanto a los gastos notariales, registrales y de gestoría a los que aplica el mismo fundamento:

«b) En cuanto a los gastos notariales y registrales, deben ser repartidos por partes iguales entre el prestamista y el consumidor, ya que no existe una disposición sectorial que los imponga a una de las partes y el interés en que se formalice debidamente la operación es compartido.

c) El mismo criterio que respecto de los gastos notariales y registrales es de aplicación a los gastos de gestoría y también por la misma razón».

Consecuentemente, la falta de regulación sectorial y la concurrencia de un interés compartido justifica el reparto de la asunción del gasto en partes iguales entre prestamista y prestatario consumidor.

Con independencia del criterio que se siga parece aconsejable en el caso particular atender a los siguientes aspectos que pueden determinar la distribución del gasto como:

- La existencia de algún contrato o pedido del prestamista a la gestoría.
- Posible relación de la gestoría con las partes. Hay veces que esta forma parte del grupo societario de la entidad financiera. Pero también puede determinarse por la cercanía física (parece un indicio de contratación por una de las partes el hecho de que esté cerca de una y muy lejos de otra), posibles relaciones familiares, amistad entre las personas involucradas, etc.
- Comunicación entre las partes. No es infrecuente que las comunicaciones sean directamente entre la gestoría y una de las partes, excluyendo a la otra. Lo cual evidencia quién es el verdadero cliente.
- El servicio de gestoría puede que sea un mecanismo del banco para asegurarse que se ha procedido a la inscripción de la hipoteca.
- Si el prestatario consumidor ha podido elegir entre disponer del servicio o entre distintas gestorías. No es inusual que el propio préstamo hipotecario regule algún tipo de control en la elección por parte de la entidad financiera.
- Si se ha informado al prestatario consumidor de las opciones anteriormente mencionadas, así como del coste que podría suponer.
- Contrataciones de este servicio anteriores y posteriores por parte del prestatario. Así el hecho de que el prestatario consumidor no suela utilizar este servicio puede constituir un indicio de que el mismo fue impuesto por el banco.

Esta polémica en principio también ha sido resuelta por los cinco pronunciamientos del Alto Tribunal 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 la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019), en línea con la última corriente jurisprudencial comentada, sostiene:

«1. En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, no existe norma legal que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata de una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el propio banco o por el propio cliente. Sin embargo, el Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios da por supuesta la prestación de este servicio en su artículo 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo

del artículo 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

2. Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad».

En este caso puede constatarse como el Tribunal Supremo parece limitarse a apreciar un posible beneficio conjunto sin entrar en un mayor detalle. Este parece el criterio que se va a aplicar, sin perjuicio de que parezca que puede haber margen, al amparo de los hechos concretos del particular litigio, para poderse fijar una distribución del gasto distinta.

4. TASACIÓN DEL INMUEBLE HIPOTECADO

A estos efectos habría que comenzar recordando que las entidades financieras tienen una obligación legal de tasar los inmuebles respecto de los cuales conceden financiación según la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del Mercado Hipotecario. Nótese que la referida norma nunca habla de obligaciones de los prestatarios, sino de los prestamistas y de las sociedades de tasación.

Como ha sucedido con los conceptos reclamados anteriormente estudiados, existen tres líneas jurisprudenciales: asunción en su totalidad por el prestamista⁴¹, por el prestatario consumidor⁴² o por ambos al 50%⁴³ (aparentemente el mayoritario). Pero también se encuentran sentencias que directamente estiman que no es abusiva la cláusula que impone el pago de este gasto al prestatario consumidor⁴⁴.

Como ejemplo de la improcedencia de la declaración de nulidad por abusividad respecto de este gasto se puede citar la SAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), que señala:

«No obstante todo lo anterior, de esta declaración de abusividad cabe excluir sin embargo, —por su carácter precontractual y en la medida en que implican una actividad propia del titular de la finca interesado en la obtención del préstamo— lo relativo a los gastos de tasación de la finca y de información registral, que la cláusula imputa al prestatario.

Entendemos que es una previsión cuya abusividad no se observa. La tasación y el gasto de información registral (insistimos, solo el de información sobre su situación registral) es un dato que ha de constarle al banco para la eficaz constitución de la hipoteca y por ello, a falta de argumentos en contra, estimamos que es un gasto que interesa al prestatario y debe soportar a fin de obtener el préstamo. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra sección Primera de 14 de mayo de 2014 establece: «la imputación al comprador hipotecante de los gastos de tasación del inmueble y los de comprobación de su situación registral no suscita dudas de legalidad. Se trata de gastos precontractuales que normalmente asume el que comprador en tanto que obligado a poner a disposición del prestamista los datos necesarios para la elaboración de la oferta correspondiente, tanto en cuanto al principal como, en su caso, las condiciones en que se establece la hipoteca.

Es cierto que, en muchas ocasiones, la tasación se realiza por entidades dependientes o participadas por la entidad financiera que a va a conceder el préstamo. Pero la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, tras la reforma operada en 2007, dispone que las entidades de crédito, incluso aquellas que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar

cualquier tasación de un bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado de conformidad con lo previsto en dicha Ley y no esté caducada. Y, aunque la entidad de crédito podrá realizar las comprobaciones que estime convenientes de la tasación presentada por el cliente, no podrá imputarle ningún gasto o coste por dichas comprobaciones».

Por lo tanto, según esta corriente jurisprudencial el hecho de ser un trámite precontractual encaminado a obtener la financiación resulta determinante para que la provisión en sí no sea abusiva.

Una exposición sencilla, con base en los mismos argumentos sobre la imposición del gasto en su totalidad al prestatario, se efectúa en la SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1499/2019), que sostiene:

«Por lo que respecta a los gastos de tasación de la finca hipotecada, entendemos que deben ser soportados en su integridad por el prestatario y, en consecuencia, que no se pueden repercutir en la entidad de crédito. Corresponde al prestatario ofrecer el bien inmueble que garantice la devolución del préstamo y acreditar que la garantía es suficiente. Se trata de un gasto precontractual, que asume el prestatario, se formalice o no la operación. Además, la descripción del inmueble dado en garantía y su valoración aprovecha al comprador más allá de la concesión del préstamo».

Un ejemplo claro de pronunciamiento que establece que el prestamista debe abonar íntegramente el gasto de la tasación es la SAP de Jaén, Sec. 1.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP J 28/2019), que dice:

«De la misma forma deben mantenerse que las consecuencias de la nulidad de la cláusula supondrá la obligación del banco de abonar al prestatario las cantidades por este pagadas en concepto de tasación.

Debemos recordar que las sentencias dictadas por el Supremo el 15 de marzo de 2018 estudiaban sendos supuestos en los cuales se declaraba como improcedente la atribución al prestatario de tales abonos (aun cuando estas sentencias no analizaran los mismos al no haber sido objeto de recurso). Tal tasación deviene como necesaria (al menos en el momento en que se constituyó la hipoteca en el presente supuesto) no tanto por determinar el importe a prestar sino como requisito necesario para poder ejecutar la misma en caso de impago por el prestatario conforme a lo dispuesto en el artículo 682.2.1.º LEC. Es pues la entidad financiera la principalmente interesada en tal tasación a efectos, no ya solo de conocer hasta qué punto puede responder la finca hipotecada del dinero prestado (hasta donde alcanza la garantía y por ende hasta cuánto dinero va a prestar) sino permitirle el acceso al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria. Considerando además, como recoge la SAP Asturias de 4 de junio de 2018, que si bien no existe norma o disposición legal que señale a quién ha de corresponder su abono debe considerarse, con apoyo en el artículo 82. 1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, su dimensión abusiva por suponer un desequilibrio para el prestatario al recogerse entre los gastos a su cargo el de tasación. La imposición sin alternativas para el consumidor y sin darle posibilidad alguna de tasación alternativa está determinando nuevamente un desequilibrio serio entre los contratantes lo que lleva consigo a la consideración también de este apartado como nulo al haber sido impuesto por el prestamista que redactó todas las cláusulas del contrato».

Consecuentemente, se estima que el gasto de la tasación debe ser abonado por el prestamista porque el principal interés es el del banco en conocer hasta qué punto responde la finca hipotecada del dinero prestado y por permitirle acceder al proceso privilegiado de ejecución hipotecaria.

Dentro de las resoluciones que reparten al 50% el desembolso de estos honorarios se puede citar la SAP de Guadalajara, Sec. 1.ª, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP GU 7/2019), que comenta:

«Es cierto que la tasación constituye un requisito *sine qua non* de la constitución de la garantía hipotecaria. La Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario exige esta valoración del bien por tasadores, bien independientes, bien afectos a la entidad prestamista, (bien que sometidos a controles externos); pero, en todo caso, las entidades de crédito, incluso las que dispongan de servicios propios de tasación, deberán aceptar cualquier tasación del bien aportada por el cliente, siempre que sea certificada por un tasador homologado y, ello, sin perjuicio de que la entidad de crédito pueda realizar las comprobaciones que estime pertinentes, de las que en ningún caso podrá repercutir su coste al cliente que aporte la certificación (art. 3 bis I, introducido por la ley 41/07, de 7 de diciembre). También es cierto que las tasaciones son requisitos imprescindibles para que las entidades de crédito emitan títulos (cédulas o bonos hipotecarios) con los que negociar (arts. 7 y 11). Con lo que resultaría de su interés dicha tasación, aunque de manera indirecta. Con estos elementos, las soluciones atinentes al caso serían: a) la tasación ha de seguir el régimen de la hipoteca, cuyo interés coincide esencial y directamente con el del prestamista, por lo que habrá de cargar con sus gastos. b) Es el prestatario quien ha de ofrecer la garantía que le va a permitir acceder al crédito y esa garantía lleva, por exigencia legal, una necesaria valoración que —además— puede gestionarla el prestatario. Por lo que es a él a quien corresponde el gasto de dicho requisito legal. c) Tanto el prestamista como el prestatario poseen un interés en que el bien a hipotecar esté correctamente tasado. Aquel, porque es la garantía de su préstamo y este porque ha de presentar una garantía en las condiciones legalmente exigibles, entre las que está la tasación. Además, el prestamista pudiera beneficiarse de dicha tasación para emitir títulos hipotecarios. Con lo que los gastos habrán de aportarse por partes iguales, siendo esta opción la que considera más adecuada esta Sala por existir un interés recíproco subyacente».

Nuevamente la interrelación de posibles intereses de ambas partes en el cumplimiento de la referida ley, e incluso la existencia de un interés común respecto a la correcta tasación, motiva que se sufrague por partes iguales este gasto.

Este es uno de los conceptos reclamados que no ha sido todavía determinado por el Alto Tribunal, por lo que no se puede predecir con seguridad cuál será el criterio que finalmente se siga. No obstante, teniendo en cuenta la analogía que puede haber con el criterio seguido para el arancel de la Notaría y los honorarios de la gestoría, así como que parece el criterio mayoritario de la jurisprudencia menor antes y después de las SSTS de 23 de enero de 2019, parece que probablemente se establecerá que en ausencia de hechos particulares que deban determinar otro resultado, la distribución será al 50% entre el prestamista y el prestatario consumidor. A estos efectos conviene recordar que la tasación por regla general tiene varios beneficios directos para la entidad financiera como servir de tipo para la subasta de una posible ejecución de la garantía por parte del prestamista o el cumplimiento de la Ley 2/1981, de 25 de

marzo, de regulación del Mercado Hipotecario para emitir los títulos necesarios para su financiación.

En todo caso, parece que para una correcta determinación de la distribución de este gasto en caso de ser la provisión abusiva se podría tener en cuenta hechos como:

- La finalidad que establece la escritura de préstamo hipotecario sobre la tasación.
- Vinculación de la sociedad tasadora con las partes. A veces pertenece al grupo societario del banco, existen relaciones de amistad, consanguinidad, etc. Los cuales pueden ser indicios de quien eligió a la sociedad tasadora.
- Existencia previa y uso de la tasación. Si la tasación ya la había obtenido previamente el prestatario consumidor sin una vinculación directa con la operación no parece que la entidad financiera tenga que sufragar dicho gasto. De igual manera también pueden influir en la determinación usos posteriores muy cercanos en el tiempo de la tasación por el prestatario consumidor, como por ejemplo, su utilización para la venta del inmueble tasado y para el que se obtuvo la financiación.
- La posibilidad real del prestatario consumidor de elegir la sociedad tasadora.
- Información recibida por el prestatario consumidor sobre la posibilidad de escoger la sociedad tasadora, emplear una tasación obtenida recientemente, etc.

5. ESCRITURA PÚBLICA E INSCRIPCIÓN DE LA CANCELACIÓN DE LA HIPOTECA

Este es un supuesto más infrecuente, porque habitualmente los préstamos hipotecarios sobre los que se reclama no se han cancelado. Por ello hay menos resoluciones judiciales que se han pronunciado sobre este tema.

Podría pensarse que esta cuestión está muy vinculada al otorgamiento e inscripción de la garantía hipotecaria. Después de todo, si tiene que cancelarse la garantía hipotecaria mediante una escritura pública para posteriormente inscribir tal escritura en el Registro de la Propiedad, es porque previamente se ha otorgado e inscrito tal garantía. Este es el razonamiento que parecen seguir las sentencias que consideran que estos aranceles deben ser asumidos por el prestamista⁴⁵. Así la SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 17 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 642/2017) establece al respecto:

«En cuanto a los gastos de cancelación de hipoteca, habida cuenta que, como queda dicho, la garantía se inscribe en beneficio de la entidad financiera para asegurar el cumplimiento de la obligación garantizada, es por lo que una vez cumplida esta, será dicha entidad a quien corresponde cancelarla; es pues, una consecuencia natural del contrato favor se realizó la inscripción proceda a dejar la misma sin efecto. Conforme al artículo 82-3 de la LH, la cancelación de la escritura pública en virtud de la que se constituyó la inscripción requiere el consentimiento del beneficiario (como queda dicho, la entidad bancaria) y, en su defecto, por sentencia en juicio ordinario (en este caso a solicitud del hipotecante). Ha de inferirse de ello, que en cualquier caso los gastos derivados del otorgamiento de la escritura serían de cargo del prestamista, pudiendo corresponder al prestatario discutirse o negociar otros gastos derivados de tal actuación.

Como en el supuesto anterior, la imposición de dichos gastos en su totalidad al consumidor conlleva el desequilibrio, con la consecuencia ya conocida, esto es, su expurgación del contrato (en este sentido, la sentencia de 25 de febrero de 2016 de la Audiencia Provincial de Murcia)».

Pero ni el criterio mantenido sobre los gastos de formalización e inscripción de la garantía hipotecaria, ni el previamente expuesto es el aplicado por el Alto Tribunal en las SSTs de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019, STS 103/2019, STS 104/2019 y STS 105/2019). En concreto, la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ 103/2019) señala tanto respecto de los gastos notariales como registrales:

«3. En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, el interesado en la liberación del gravamen es el prestatario, por lo que le corresponde este gasto. (...)

3. En cuanto a la inscripción de la escritura de cancelación, esta libera el gravamen y, por tanto, se inscribe en favor del prestatario, por lo que le corresponde este gasto».

Por consiguiente, en un posicionamiento que expresamente no está ligado a hecho probado alguno, el Tribunal Supremo asienta una jurisprudencia clara de que el prestatario consumidor debe asumir los aranceles notariales y registrales (y con ello por analogía previsiblemente los derivados por cualquier servicio de gestoría o incluso cualquier gasto o comisión que le cobre el banco por tal cancelación), debido a que este es el interesado en la liberación del gravamen. Aunque parece que nuevamente se podría atender a algunos hechos que podrían ser relevantes como la ausencia de información del trámite y su coste, la posibilidad de elección del notario o no disposición del servicio de gestoría, etc. para matizar el referido criterio.

III. ANÁLISIS DE LA DISTRIBUCIÓN DE LOS GASTOS TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCCI

La problemática estudiada estará resuelta con mayor certidumbre a partir de la entrada en vigor de la LCCI. Pero en este sentido, es importante resaltar a efectos de lo estudiado en este trabajo, que:

- Lo dispuesto en la LCCI no resulta de aplicación a contratos celebrados con anterioridad a su entrada en vigor en virtud del apartado primero de su disposición transitoria primera⁴⁶, que tiene lugar a partir del 16 de junio de 2019 conforme a su disposición final decimosexta⁴⁷.
- La referida regla general tiene como excepciones los contratos que se noven o se subrogan con posterioridad a su fecha de entrada en vigor, así como el derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23. Supuestos que no serán frecuentemente aplicados a los casos analizados en este artículo según se desprende de la dicción de los citados preceptos⁴⁸.
- Tiene un ámbito de aplicación que a grandes rasgos puede circunscribirse a préstamos hipotecarios concedidos profesionalmente por personas físicas o jurídicas a personas físicas (aunque no sean consumidores) sobre bienes inmuebles de uso residencial⁴⁹.

- Las normas contenidas en la LCCI son imperativas, no siendo disponibles para las partes, salvo que la norma establezca expresamente lo contrario (que no lo hace respecto a la distribución de gastos)⁵⁰.

Una vez determinado que nos encontramos dentro su ámbito de aplicación con las matizaciones señaladas, la distribución de los gastos viene precisada en el precepto 14.e), que indica:

«(...). Los siguientes gastos se distribuirán del siguiente modo:

- i. Los gastos de tasación del inmueble corresponderán a prestatario y los de gestoría al prestamista.
- ii. El prestamista asumirá el coste de los aranceles notariales de la escritura de préstamo hipotecario y los de las copias los asumirá quien las solicite.
- iii. Los gastos de inscripción de las garantías en el Registro de la Propiedad corresponderán al prestamista».

A estos efectos conviene resaltar cómo este nuevo criterio normativo se aparta del establecido en la jurisprudencia analizada del Tribunal Supremo (puesto que la gestoría y los gastos de la escritura de constitución corresponden en su integridad al prestamista). Lo cual plantea si puede haber un nuevo cambio jurisprudencial tendente a proporcionar un régimen uniforme con independencia del momento temporal en el que se haya suscrito el contrato. Aunque el propio legislador parece posicionarse en contra de tal cambio en la Exposición de Motivos de la LCCI⁵¹ y el Alto Tribunal también desecha tal posibilidad en contra en las SSTs de 23 de enero de 2019⁵². Además, debido a la ausencia de retroactividad de la norma, tal ajuste no tiene que producirse obligatoriamente, salvo que se establezca otro criterio por los tribunales europeos en esta materia (como ya sucedió en su momento con la retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo con anterioridad al 9 de mayo de 2013⁵³). De hecho, ya se han planteado cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión⁵⁴. Y tal cambio, en principio, no podría producirse en los asuntos en los que haya recaído una sentencia firme⁵⁵.

A su vez, hay otra cuestión que no se resuelve. El abono de los gastos de cancelación. Lo cual parece que quedará en principio supeditado a la fijación de un criterio de la garantía hipotecaria definitivo por parte del Tribunal Supremo para los supuestos que sea aplicable la LCCI. Pero es previsible que el Alto Tribunal siguiendo su posicionamiento anteriormente expuesto estime que este gasto debe abonarse por el prestatario con independencia de la fecha de celebración del contrato litigioso.

IV. CONCLUSIONES

Del estudio de la jurisprudencia y regulación analizadas en este trabajo pueden extraerse las siguientes conclusiones sobre la posible abusividad de las condiciones generales de asunción de gastos contenidas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores:

- I. La imposición en una estipulación general de un préstamo hipotecario celebrado con un consumidor de todos los gastos relacionados con el mismo sin

discriminación ni matización alguna es abusiva conforme a las SSTs de 23 de diciembre de 2015 y de 23 de enero de 2019. Lo cual supone la nulidad de la cláusula y la obligación de devolver las cantidades indebidamente abonadas en virtud de la aplicación de la provisión general anulada.

II. El Tribunal Supremo ha determinado en sus 5 pronunciamientos de 23 de enero de 2019 que los gastos de notaría y gestoría relacionados con la formalización del préstamo hipotecario en principio deben ser sufragados a partes iguales entre el prestatario consumidor y el prestamista, los aranceles de la inscripción registral de la hipoteca deben ser abonados en su integridad por el prestamista y los gastos notariales y de registro de cancelación deben ser pagados en su totalidad por el prestatario consumidor.

III. No hay jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los gastos de tasación, aunque parece que resultarán aplicables en este caso, los argumentos sostenidos en las SSTs de 23 de enero de 2019 sobre la gestoría siendo previsible que finalmente se estime que el gasto debe de asumirse por mitades entre el prestatario consumidor y el prestamista. Actualmente hay una jurisprudencia menor y resoluciones de primera instancia que han declarado que debe ser asumido en su integridad este honorario por el prestatario consumidor, por el prestamista o a partes iguales entre ambos.

IV. Sin perjuicio de la jurisprudencia analizada del Alto Tribunal, parece que cuando los hechos particulares del caso demuestren una efectiva imposición y un mayor beneficio de una de las partes, la distribución podrá adaptarse a la realidad de tales hechos probados.

V. Con la entrada en vigor de la LCCI, en el caso de los préstamos hipotecarios celebrados profesionalmente a partir del 16 de junio de 2019 con personas físicas prestatarias respecto a inmuebles de uso residencial, el prestatario tendrá que asumir en su integridad los gastos de tasación; las copias de la escritura del préstamo hipotecario quien las solicite; mientras que el prestamista tendrá que abonar en su totalidad el arancel notarial de la escritura del préstamo hipotecario, así como los gastos de la inscripción registral de la garantía hipotecaria y de su tramitación por la gestoría.

V. BIBLIOGRAFÍA REFERENCIADA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2017). Nulidad de la cláusula de gastos en préstamos hipotecarios: no son solo abusivos los gastos comprendidos en la STS de 23 de diciembre de 2015 (gastos, efectos y plazos). *Publicaciones Jurídicas*, Centro de Estudios de Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha.
- BALLUGERA GÓMEZ, C. (2017). Cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios y control de transparencia. En: Velasco Fabra, G. J. (Coord.); Cuadrado Pérez, C. (dir.), Almeida Cerredá, M. (dir.) *La Hipoteca en el Desarrollo del Modelo Económico*. Cizur Menor, España: Aranzadi, 23-49.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2017). Doce tesis sobre la STJUE de 21 diciembre 2016: Su impacto en la jurisprudencia del TJUE y del TS, no solo sobre la retroactividad de la nulidad de las cláusulas suelo, *Indret*, enero 2017.
- DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013). El adiós a las cláusulas suelo y el debate sobre la retroactividad de su anulación, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm 5/2013.
- DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012). La prueba civil. En: DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-Picazo Giménez, I. & Vegas Torres, J., *Curso de Derecho*

- Procesal Civil II. Parte especial.* España, Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 107-135.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013). *Derecho Mercantil. La contratación bancaria*, V. 7.º, 15.ª ed., Madrid-Barcelona, España: Marcial Pons.
- 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.
- NOTICIAS JURÍDICAS (2019). Un Juzgado de Ceuta cuestiona al TJUE si las cláusulas que reparten los gastos hipotecarios al consumidor son válidas. Obtenido en <http://www.noticias.juridicas.com/actualidad/jurisprudencia/13805-un-juzgado-de-ceuta-cuestiona-al-tjue-si-las-clausulas-que-reparten-los-gastos-hipotecarios-al-consumidor-son-validas/>, consultada el 25 de marzo de 2019.
- ORTELLS RAMOS, M. (2018). *Derecho Procesal Civil* (17.ª ed.). Cizur Menor, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (directores) (2004). *Contratos bancarios*. Madrid, España: Consejo General del Poder Judicial.

VI. JURISPRUDENCIA REFERENCIADA

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO, SALA DE LO CIVIL

- STS de 22 de diciembre de 2011 (ROJ STS 8996/2011).
- STS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ STS 5618/2015).
- STS de 3 de junio de 2016 (ROJ STS 367/2016).
- STS de 18 de enero de 2017 (ROJ STS 123/2017).
- STS de 30 de enero de 2017 (ROJ STS 328/2017).
- STS de 9 de marzo de 2017 (ROJ STS 788/2017).
- ATS de 19 de abril de 2017 (ROJ ATS 3444/2017).
- ATS de 10 de mayo de 2017 (ROJ ATS 4275/2017).
- ATS de 31 de mayo de 2017 (ROJ ATS 5292/2017).
- STS de 4 de julio de 2017 (ROJ STS 2501/2017).
- STS de 16 de octubre de 2017 (ROJ STS 3541/2017).
- STS de 19 de diciembre de 2018 (ROJ STS 4236/2018).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 101/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 102/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 103/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019).
- STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 105/2019).

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Tarragona, Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2016 (ROJ SAP T 880/2016).
- SAP de La Rioja, Sec. 1.ª, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016).
- SAP de Málaga, Sec. 6.ª, de 5 de julio de 2016 (ROJ SAP MA 2093/2016).
- SAP de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016).
- SAP de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016).

- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 1 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 399/2017).
- SAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 3 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 152059).
- SAP de Zamora, Sec. 1.^a, de 3 de febrero de 2017 (EDJ 2017/29511).
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 27 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 642/2017).
- SAP de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (ROJ SAP PO 405/2017).
- SAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 5 de mayo de 2017 (*AC* 2017, 805).
- SAP de Badajoz, Sec. 2.^a, de 11 de mayo de 2017 (ROJ SAP BA 463/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 19 de julio de 2017 (ROJ SAP O 2200/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 29 de septiembre de 2017 (ROJ SAP O 2505/2017).
- SAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 20 de octubre de 2017 (ROJ SAP O 2750/2017).
- 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 266/2017).
- SAP de Cantabria, Sec. 4.^a, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017).
- SAP de Valencia, Sec. 9.^a, de 21 de noviembre de 2017 (ROJ SAP V 3121/2017).
- SAP de Huelva, Sec. 2.^a, de 19 de diciembre de 2017 (ROJ SAP H 817/2017).
- SAP de León, Sec. 1.^a, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018).
- SAP de Gran Canaria, Sec. 4.^a, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 7/2018).
- SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018).
- SAP de Granada, Sec. 3.^a, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018).
- SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018).
- SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 29 de junio de 2018 (ROJ SAP BI 1277/2018).
- SAP de Asturias, Sec. 1.^a, de 16 de julio de 2018 (ROJ SAP O 2267/2018).
- SAP n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.^a, de 14 de noviembre de 2018.
- SAP de Toledo, Sec. 2.^a, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ SAP TO 1046/2018).
- SAP de Murcia, Sec. 4.^a, de 10 de enero de 2019 (ROJ SAP MU 58/2019).
- SAP de Córdoba, Sec. 1.^a, de 11 de enero de 2019 (ROJ SAP CO 28/2019).
- SAP de Guadalajara, Sec. 1.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP GU 7/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP B 121/2019).
- SAP de Albacete, Sec. 1.^a, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP AB 9/2019).
- SAP de Cáceres, Sec. 1.^a, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP CC 26/2019).
- SAP de Cuenca, Sec. 1.^a, de 22 de enero de 2019 (ROJ SAP CU 12/2019).
- SAP de Palma Mallorca, Sec. 5.^a, de 24 de enero de 2019 (ROJ SAP IB 122/2019).
- SAP de Ciudad Real, Sec. 2.^a, de 28 de enero de 2019 (ROJ SAP CR 40/2019).
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 29 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 116/2019).
- SAP de Valladolid, Sec. 3.^a, de 31 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 119/2019).
- SAP de Orense, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2019 (ROJ SAP OU 54/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019).
- SAP de Gerona, Sec. 1.^a, de 26 de febrero de 2019 (ROJ SAP GI 200/2019).
- SAP de Lérida, Sec. 2.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP L 122/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1499/2019).
- SAP de Barcelona, Sec. 15.^a, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019).

PRONUNCIAMIENTOS DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI n.º 4 de Oviedo de 11 de abril de 2017 (P. O. n.º 125/2017).
- SJPI n.º 161/2017 del n.º 7 de Zaragoza de 22 de mayo de 2017.
- SJPI n.º 72/2017 del n.º 3 de Tudela de 31 de mayo de 2017.
- SJPI n.º 2bis de Santander de 26 de julio de 2017 (P. O. n.º 5010/2017).
- SJPI n.º 16/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 17/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 2/2017 del n.º 101bis de Madrid de 7 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 2/2017 del n.º 7 de Pamplona 14 de septiembre de 2017.
- SJPI n.º 193/2017 del n.º 101bis de Madrid de 16 de octubre de 2017.
- SJPI n.º 652/2017 del n.º 101bis de Madrid de 5 de diciembre de 2017.
- SJPI n.º 119/2018 del n.º 7bis de La Coruña de 30 de mayo de 2018.
- SJPI n.º 2623/2018 del n.º 101bis de Madrid de 11 de junio de 2018.
- SJPI n.º 4606/2018 del n.º 101bis de Madrid de 2 de octubre de 2018.
- SJPI n.º 1731/2018 del n.º 1bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.
- SJPI n.º 204/2019 del n.º 1bis de Toledo de 17 de enero de 2019.

NOTAS

¹ *Vid.* PUYOL MONTERO, F. J. y FLUITERS CASADO, R. (directores) (2004); JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. y DÍAZ MORENO, A. (coords.) (2013).

² Como puede constatarse en las páginas web de las diferentes asociaciones de consumidores o de despachos de abogados que señalan los diferentes pronunciamientos favorables que han obtenido en esa materia. A estos efectos resulta particularmente ilustrativa la página web de ASUFIN por su base de datos clasificada por productos y motivos de reclamación, disponible en <https://www.asufin.com/sentencias-listados/>, consultada el 5 de marzo de 2019. De manera similar también puede consultarse la página web <https://www.navascusi.com/sentencias-navascusi/>, consultada el 5 de marzo de 2019.

³ Lo cual es una cuestión relativamente clara al tratarse de una nulidad de pleno derecho si se declara abusiva la correspondiente condición general. Cfr. SSAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018), de Barcelona, Sec. 15.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP B 121/2019) y de Valladolid, Sec. 3.^a, de 31 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 119/2019), entre otras muchas. Incluso en casos de cancelación o vencimiento del préstamo hipotecario. Así la primera sentencia citada de manera rotunda comenta:

«Como dijimos en la citada SAP Bizkaia, Sec. 4.^a 22 marzo de 2018, rec. 796/2017, el artículo 83.1 TRLGDCU establece que la consecuencia de la declaración de abusividad es que la cláusula afectada es nula y no produce efectos. La nulidad absoluta, *ex lege*, supone según la jurisprudencia antes citada que la acción es imprescriptible. Y si la indemnización que persigue el consumidor perjudicado tuviera plazo, la única forma de garantizar el principio de no vinculación de las cláusulas abusivas que establece el artículo 6.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, es considerar que el plazo comienza una vez obtenida ante los tribunales la declaración de nulidad, pues hasta entonces no podría haber formulado su reclamación por mantener apariencia de eficacia la cláusula nula. El motivo, por ello, se desestimará, lo que permite abordar la cuestión de fondo».

⁴ Esta cuestión habitualmente resulta conflictiva por su impacto en las costas, puesto que ya sea conforme a los criterios orientadores del Colegio Profesional de Abogados que resulten aplicables, o el arancel de los procuradores, estas resultarían mayores si se calculan en un procedimiento con cuantía indeterminada en vez de la cuantía reclamada (cuando no incluye el pago del impuesto de actos jurídicos documentados). Las sentencias en los pocos casos que se pronuncian sobre esta cuestión, parece que se decantan por la cuantía

indeterminada. A estos efectos se pueden citar las SSJPI n.º 16/2017 y 17/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017. En concreto la última sentencia referenciada indica:

«En cuanto a la cuantía del procedimiento, que ha sido cuestionada por la demandada, la misma debe considerarse indeterminada por quedar comprendida en los supuestos del artículo 253.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ello es así en tanto que se ejercitan acciones declarativas de nulidad de las cláusulas abusivas, de las que derivan, como “efecto ex lege”, determinadas “consecuencias ineludibles de la validez” (STS 102/2015 de 10 de marzo) y donde la valoración de las mismas corresponde llevarla a cabo de oficio al juzgador. El ejercicio de estas acciones dota al proceso de un objeto que no se limita un mero interés económico propio de una reclamación de cantidad, que no puede calcularse conforme a las reglas legales de determinación de la cuantía y que no puede confundirse con aquellos supuestos en los que, con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios como sostiene la demandada. Ello es así porque en los casos de nulidad de cláusulas abusivas, los efectos de la declaración de nulidad, como señala el Tribunal Supremo, se producen *ex lege*, sin que para la restitución de las cantidades que correspondan sea necesaria una petición accesorio relativa a una cuantía determinada impuesta por el principio dispositivo».

⁵ En este sentido hay que decir que es usual que la entidad financiera haya cargado directamente en la cuenta del consumidor tales gastos, generalmente como provisión del gestor que posteriormente abona los gastos de los diferentes profesionales. Y el referido gestor a veces tiene una cierta vinculación con el banco correspondiente, perteneciendo incluso al grupo societario de la entidad financiera. En todo caso, algunos pronunciamientos de Audiencias Provinciales como la SAP de Valladolid, Sec. 3.ª, de 29 de enero de 2019 (ROJ SAP VA 116/2019) y de primera instancia han desestimado esta excepción procesal, como la SJPI n.º 4606/2018 del n.º 101bis de Madrid, de 2 de octubre de 2018. Esta última resolución señala de manera especialmente pormenorizada e ilustrativa:

«En primer lugar, hemos de tener en cuenta que la demandante ejercita acciones de nulidad de varias condiciones generales de contratación y accesoriamente a una de estas, una acción de restitución, con respecto al préstamo hipotecario suscrito entre las partes. Pues bien, el objeto de impugnación hace referencia a una parte del contrato que ha sido celebrado entre las partes procesales, por lo que, refiriéndose la acción de nulidad únicamente a esta cuestión, únicamente puede ser parte en el presente procedimiento aquellas que han contratado. Así lo establece expresamente el artículo 1257 del Código civil al señalar que los contratos solo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos. En ese sentido, no es objeto de controversia en el presente pleito la suscripción de un contrato de préstamo hipotecario entre las partes, formalizado en escritura pública (documento n.º 2 de la demanda).

Por otro lado, nuestro ordenamiento jurídico otorga legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad o anulabilidad de los contratos a aquellos que han sido parte en el contrato, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1302 del Código civil, y el artículo 1303 del Código civil al hablar de las consecuencias de la declaración judicial de nulidad habla de la restitución recíproca entre los contratantes.

Sentadas las premisas relativas a que tanto la parte actora como la parte demandada ostentan legitimación, tanto activa como pasiva, respectivamente para ser parte en el presente procedimiento, hemos de tener en cuenta que, lo que en realidad plantea la parte demandada, más que una falta de legitimación de las partes, es una imposibilidad de materializar lo previsto en el artículo 1303 del Código civil. Si bien dicho precepto habla de restitución recíproca de cantidades, lo que sí que es cierto es que las cantidades reclamadas por la actora a la entidad demandada son desembolsos efectuados a otras personas ajenas al proceso.

Para ello resulta indispensable determinar que el fin último de la institución de la nulidad es que la situación de hecho inmediatamente anterior alterada por aquella, vuelva a ser restablecida completamente. Así, la hipotética aceptación de la tesis alegada por la demandada, que se configura como una suerte de hecho de naturaleza impeditiva, supondría otorgar carta de naturaleza a la vulneración oblicua del legislador. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1. del Código civil, se contemplan distintos criterios interpretativos con la finalidad última de que la voluntad del legislador no puede verse vulnerada como consecuencia de análisis demasiado formalistas.

En este caso concreto se trata de dilucidar si los gastos efectuados por el prestatario por la aplicación de la cláusula impugnada debieron hacerse; es decir, si esa minoración sufrida en el patrimonio del prestatario era ajustada a derecho, o si, por el contrario, dio lugar a un correlativo enriquecimiento injusto del patrimonio de la entidad financiera. La consecuencia lógica-jurídica inmediata que se produce como consecuencia de una eventual declaración judicial de nulidad es la restitución de las esferas patrimoniales a su situación inicial y el medio más idóneo para ello, directo, conciso y respetuoso con los postulados del legislador y con una arraigada interpretación jurisprudencial, es la devolución por parte del demandado de las cantidades establecidas. Por tanto, en el caso de declaración judicial de nulidad y consiguiente devolución de cantidades, la entidad financiera no estaría, sino, devolviendo aquellas cantidades que debió satisfacer en su momento y que fueron desembolsadas por el prestatario, volviendo ambas esferas patrimoniales a aquella situación de hecho inicial que no debió verse alterada por la aplicación de una determinada cláusula que era nula.

Es por lo expuesto, que no procede estimar la falta de legitimación pasiva *ad causam* para hacer frente al reintegro de importes en caso de una eventual declaración de condena, alegada por la entidad demandada».

⁶ Nótese que el importe de estos intereses legales suele ser relevante debido a la antigüedad de muchos préstamos hipotecarios sobre los que se litiga. Los intereses legales se solicitan y generalmente se conceden al amparo del artículo 1108 del Código civil que indica: «Si la obligación consistiere en el pago de una cantidad de dinero, y el deudor incurriere en mora, la indemnización de daños y perjuicios, no habiendo pacto en contrario, consistirá en el pago de los intereses convenidos, y a falta de convenio, en el interés legal». El criterio de los juzgados y tribunales aparentemente mayoritario aplicando dicho precepto sostiene que el cálculo del interés legal comienza desde que efectuó el desembolso. A estos efectos se puede citar las SSTs de 16 octubre de 2017 (ROJ STS 3541/2017) y de 19 de diciembre de 2018 (ROJ STS 4236/2018) y las SSAP de Madrid, Sec. 2.^a, de 3 de febrero de 2017 (*JUR* 2017, 152059) o de Badajoz, Sec. 2.^a, de 11 de mayo de 2017 (ROJ SAP BA 463/2017) que, en un pleito como los analizados en este artículo, indica:

«La sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 obliga a devolver los intereses desde el primer momento en que fueron abonados. Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre esta materia en numerosas ocasiones».

De igual manera también se pueden citar pronunciamientos de primera instancia como las SSJPI n.º 16/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017 y n.º 1731/2018 del n.º 1 de Toledo de 5 de diciembre de 2018. Aunque también pueden mencionarse sentencias que aplican otros criterios, como la SJPI n.º 4 de Oviedo de 11 de abril de 2017 (Ord. 125/2017), que comenta:

«En cuanto a los intereses legales, se reclaman en la demanda desde el 23 de mayo de 2008, fecha de abono por parte del demandante y se sustenta la petición en el artículo 1303 del Código civil. Sin embargo, considero que no resulta de aplicación dicho precepto al caso de autos, pues, el mismo se refiere a la obligación, tras la declaración de nulidad, de restituirse recíprocamente las cosas que hubieren sido materia del contrato, con sus frutos y el precio con los intereses. En el presente caso, como se ha indicado, la entidad demandada no puede «restituir», porque no ha percibido nada, por ello, la obligación de pago declarada en esta resolución ha de estar sometida al régimen general de los artículos 1100 y siguientes del Código civil, de forma que, la cantidad a cuyo pago ha sido condenada la demandada devengará los intereses legales desde la reclamación extrajudicial (16 de enero de 2017) hasta la fecha de esta reclamación, a partir de la cual, serán aplicables los intereses del artículo 576 LEC».

⁷ Realmente esta alegación relativamente recurrente de las entidades financieras demandadas parece estar vinculada con la posibilidad de evitar una condena en costas, puesto que el artículo 395 de la LEC indica: «1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior».

Ahora bien, el allanamiento parcial requiere la posibilidad de un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas y que no se efectúe en fraude de ley conforme al precepto 21 de la LEC que señala:

«1. Cuando el demandado se allane a todas las pretensiones del actor, el tribunal dictará sentencia condenatoria de acuerdo con lo solicitado por este, pero si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y seguirá el proceso adelante.

2. Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley».

En estos casos en principio no puede producirse un pronunciamiento separado de las pretensiones, puesto que la obligación de restitución de las cantidades abonadas únicamente procede si se declara la nulidad de la cláusula que se admite. Por otro lado, es incuestionable que la consecuencia de la nulidad es la establecida en el artículo 1303 del Código civil. En consecuencia, podría interpretarse que concurre un fraude de ley cuando se procede al allanamiento parcial según se explica en este trabajo. Así parecen estimarlo los tribunales y los juzgados. En concreto la SAP de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 29 de junio de 2018 (ROJ SAP BI 1277/2018) citada señala ilustrativamente al respecto:

«Concurriendo los tres primeros, respecto al cuarto hay que poner de manifiesto que Kutxabank, S.A., pese a los múltiples pronunciamientos judiciales al respecto, ha mantenido la improcedencia de alguna devolución. Su allanamiento no dio satisfacción a la pretensión resarcitoria de la parte prestataria, obligando a litigar en ambas instancias. Hay, por lo tanto, razones para entender que en este caso no se actuó de buena fe».

De manera más implícita también se pronuncia a modo de ejemplo la SJPI n.º 1731/2018 del n.º 1 de Toledo de 5 de diciembre de 2018 y explícita las SSJPI n.º 16/2017 (sin respuesta del banco al requerimiento previo) y n.º 17/2017 (con respuesta del banco al requerimiento previo) del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017. Así la SJPI n.º 16/2017 del n.º 11 de Bilbao de 6 de septiembre de 2017 señala:

«En materia de costas, respecto del allanamiento parcial, procede imponerlas a la parte demandada por apreciarse mala fe de conformidad con el artículo 395.1 párrafo segundo LEC, al constar la existencia de un previo requerimiento emitido por la actora con fecha de 13 de mayo de 2017, cuya autenticidad no ha sido impugnada (doc. n.º 6 de la demanda) al que no se dio respuesta alguna.

En cuanto a la parte de la demanda que no había sido objeto de allanamiento, también procede la imposición de las costas a la parte demandada conforme al artículo 394 LEC al haberse visto desestimadas todas sus pretensiones».

⁸ No es infrecuente que no se produzca una condena en costas. A estos efectos pueden citarse las SSAP de León, Sec. 1.^a, de 26 de octubre de 2017 (ROJ SAP LE 1056/2017) y de Cantabria, Sec. 4.^a, de 8 de noviembre de 2017 (ROJ SAP S 467/2017) y de Toledo, Sec. 2.^a, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ TO 1046/2018). Así la primera resolución citada comenta:

«Al estimarse en parte la demanda no procede hacer pronunciamiento expreso de las costas del recurso, artículo 394 LEC. De otro lado, acogiéndose en parte los motivos de recurso no se hace pronunciamiento de las costas de la alzada a ninguna de las partes contentientes, artículo 398 de la LEC».

Este criterio también ha sido seguido reciente por el Alto Tribunal en su STS de 23 de enero de 2019 (ROJ 105/2019). En este sentido a veces se alega por las entidades financieras demandas la existencia de serias dudas de Derecho (que afectan a ambas partes). Como se evidencia a lo largo de este estudio, sí es cierto que existen pronunciamientos contradictorios de primera y segunda instancia sobre la distribución no abusiva concreta de los gastos. Y dichos criterios a veces cambian dentro del mismo órgano judicial con el paso del tiempo, como sucede por ejemplo con el Juzgado de Primera Instancia n.º 101 bis de Madrid, que en su SJPI n.º 652/2017, de 5 de diciembre de 2017 entiende que los gastos analizados se deben distribuir al 50% entre prestamista y prestatario y en sus SJPI n.º 2623/2018 de 11 de junio de 2018 y n.º 4606/2018 de

2 de octubre de 2018 considera que los debe sufragar el prestamista. Pero generalmente no hay controversia sobre la abusividad y nulidad de la cláusula, así como de la obligación de devolver algunos gastos. La cuestión debatida es cuáles y en qué medida. Y dicha incertidumbre afecta por igual a ambas partes, actor y demandado. Por ello ante tal inseguridad jurídica parece razonable que la parte demandante no renuncie a reclamar cantidades que en principio podrían concedérsele. Por tanto, no parece que haya jurisprudencia contradictoria como fuente del Derecho (dos sentencias dictadas por el Alto Tribunal conforme al artículo 1.6 del Código civil, excepto el supuesto de las reclamaciones del impuesto de actos jurídicos documentados, que no suelen ya litigarse). Ni parece que existan dudas de Derecho sobre la nulidad de este tipo de provisiones y la consiguiente obligación de abono de las cantidades desembolsadas en virtud de tales estipulaciones. A estos efectos conviene recordar que el precepto 394 de la LEC establece:

«1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

2. Si fuere parcial la estimación o desestimación de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, a no ser que hubiere méritos para imponerlas a una de ellas por haber litigado con temeridad.

3. Cuando, en aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo, se impusieren las costas al litigante vencido, este solo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa.

No se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas.

4. En ningún caso se impondrán las costas al Ministerio Fiscal en los procesos en que intervenga como parte».

Sin perjuicio de lo anterior, en estos supuestos usualmente hay una reclamación previa por parte del actor y una ausencia de respuesta o directamente negativa expresa del banco a abonar cantidad alguna. En esas circunstancias, es evidente que el pleito tiene lugar ante la negativa del demandado de acatar precisamente las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo respecto a una provisión general predispuesta e impuesta por la entidad financiera, obligando al demandante a tener que afrontar el correspondiente gasto del ejercicio de las acciones judiciales. Lo cual, en la práctica, debido a que son en la mayoría de los casos personas físicas y se reclaman relativamente bajos importes, supone un claro efecto disuasorio para el ejercicio de unos legítimos derechos que precisamente favorece al banco que se niega a cumplir lo dispuesto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión (porque no ofrece cantidad alguna de abono). Por ello, teniendo en cuenta que la existencia del litigio y del ejercicio se debe habitualmente a la negativa de la entidad financiera a abonar cantidad alguna, que ha sido requerida con carácter previo, que la jurisprudencia es clara respecto a la abusividad y nulidad de la cláusula (lo que parece que justifica incluso la apreciación de cuanto menos temeridad por parte del banco demandado) y que en caso de consumidores la excepción al principio de vencimiento en la condena en costas debe de hacerse de forma más restrictiva y justificada, parece que las condenas en costas debieran ser más generalizadas en contra de los bancos en esta clase de pleitos. Así la STS, Pleno Sala de lo Civil, n.º 419/2017 de 4 de julio de 2017 (ROJ: 2501/2017) establece:

«La regulación que en nuestro derecho procesal se hace respecto de la imposición de costas, en concreto el artículo 394.1 LEC, no contradice el principio de efectividad, pues el criterio que sienta es el del vencimiento objetivo. Solo prevé, como excepción, la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho.

Según la interpretación de la Sala, ya citada, esa excepción se configura como una facultad discrecional del tribunal, que ha de estar suficientemente motivada. En su caso, la contradicción del principio de efectividad podría recaer en atención a la motivación em-

pleada (las razones de la justificación) para la no imposición de las costas, pero no en esta posibilidad. Cuando está en juego la tutela de los consumidores es lógico que se haga un uso más restrictivo de esta excepción al vencimiento objetivo, y la motivación que emplee para justificarlo debería de ser más reforzada respecto de otros supuestos en que no sean consumidores los afectados por tal decisión.

Lo que exige, pues, el principio de efectividad del Derecho de la Unión, por verse afectados consumidores, es una aplicación más restrictiva de la facultad prevista en el inciso segundo del artículo 394.1 LEC, y una motivación más exigente y rigurosa».

En este sentido se pueden citar las SSAP de Madrid, Sec. 28.^a, de 5 de mayo de 2017 (AC 2017, 805) y de Zamora, Sec. 1.^a, de 3 de febrero de 2017 (EDJ 2017/29511). En concreto, la primera sentencia citada señala:

«La estimación sustancial de la demanda no se efectúa modificando las pretensiones de las partes sino dentro de lo pedido, sin que se combata ni se den razones de que lo acogido por la sentencia no implique una sustancial estimación de la demanda.

Tampoco se aprecia la concurrencia de serias dudas de hecho o de derecho para la resolución del litigio.

Los razonamientos anteriores determinan la desestimación del recurso de apelación y la confirmación de la resolución apelada».

En primera instancia con expresa condena en costas en contra de la demanda se pueden citar, entre otras, las SSJPI n.º 2/2017, de 7 de septiembre de 2017, n.º 2623/2018 de 11 de junio de 2018 y n.º 4606/2018 de 2 de octubre de 2018 del n.º 101 bis de Madrid, n.º 16/2017 y 17/2017 de 6 de septiembre de 2017 del n.º 11 de Bilbao, n.º 1731/2018 de 5 de diciembre de 2018 y n.º 204/2019 del n.º 1 bis de Toledo de 17 de enero de 2019.

En este sentido un criterio que puede parecer acertado para estimar que concurre una estimación sustancial es el seguido por la SAP n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.^a, de 14 de noviembre de 2018, que atiende a si se concede más del 50% de lo solicitado.

⁹ 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 provisión 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).

¹⁰ Cfr. SSTS de 3 de junio de 2016 (ROJ 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).

¹¹ Que estipula:

«Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción».

A este respecto *vid.* DE LA OLIVA SANTOS, A. (2012); ORTELLS RAMOS, M. (2018).

¹² Según lo establecido en el artículo 249.1.5.^a de la LEC que señala:

«Artículo 249 Ámbito del juicio ordinario

1. Se decidirán en el juicio ordinario, cualquiera que sea su cuantía:

(...) 5.º Las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, salvo lo dispuesto en el punto 12.º del apartado 1 del artículo 250».

El precepto 250.1.12.º de la aludida Ley por su parte indica:

«Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios».

¹³ En virtud del artículo 23 de la LEC que establece:

«1. La comparecencia en juicio será por medio de procurador, que habrá de ser Licenciado en Derecho, Graduado en Derecho u otro título universitario de Grado equivalente, habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del juicio.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, podrán los litigantes comparecer por sí mismos:

1.º En los juicios verbales cuya determinación se haya efectuado por razón de la cuantía y esta no exceda de 2.000 euros, y para la petición inicial de los procedimientos monitorios, conforme a lo previsto en esta Ley.

2.º En los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.

3.º En los incidentes relativos a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita y cuando se soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio».

¹⁴ En virtud del precepto 455.1 de la LEC que dispone:

«Las sentencias dictadas en toda clase de juicio, los autos definitivos y aquellos otros que la ley expresamente señale, serán apelables, con excepción de las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros».

¹⁵ Cuya última prórroga cuando se elaboró este trabajo tuvo lugar el 19 de diciembre de 2018.

¹⁶ En virtud, entre otros, del artículo 2.3 del Código civil.

¹⁷ La cláusula particular de la asunción de gastos analizada en esta resolución expresamente disponía:

«Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11.ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por este con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que este las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6.ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gatos y costas en la cláusula 9.ª».

Puede constatarse la similitud con el texto del resto de condiciones generales que han ido utilizando las entidades financieras al respecto.

¹⁸ Demandas presentadas según la prensa en solo 3 meses desde 1 de junio de 2017. Cfr: El País (2017). *Los juzgados especializados en cláusulas suelo reciben 57.000 demandas en tres meses*. Obtenido en https://economia.elpais.com/economia/2017/09/14/actualidad/1505405640_057403.html, consultada el 9 de marzo de 2019.

¹⁹ Cfr. SSAP de Orense, Sec. 1.ª, de 13 de febrero de 2019 (ROJ SAP OU 54/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019), de Gerona, Sec. 1.ª, de 26 de febrero de 2019 (ROJ SAP GI 200/2019), de Lérida, Sec. 2.ª, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP L 122/2019).

²⁰ 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».

²¹ Usualmente al amparo del artículo 9.1 de la ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación y preceptos 10, 83 y 89 del real decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, aunque hay que atender a la normativa aplicable al caso en función de cuándo se suscribió el correspondiente préstamo hipotecario.

²² Precepto que estipula:

«Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes».

²³ La justificación de la obligación de reembolso se define de la siguiente manera en las citadas SSTs de 23 de enero de 2019:

«El efecto restitutorio derivado del artículo 6.1 de la Directiva y previsto en el artículo 1303 del Código civil no es directamente aplicable, en tanto que no son abonos hechos por el consumidor al banco que este deba devolver; sino pagos hechos por el consumidor a terceros (notario, registrador de la propiedad, gestoría, etc.), en virtud de la imposición contenida en la cláusula abusiva. No obstante, como el artículo 6.1 de la Directiva 93/13 exige el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula, debe imponerse a la entidad prestamista el abono al consumidor de las cantidades, o parte de ellas, que le hubieran correspondido abonar a ella de no haber mediado la estipulación abusiva. En palabras de las sentencias 147/2018 y 148/2018, anulada la condición general, debe acordarse que el profesional retribuya al consumidor por las cantidades indebidamente abonadas.

(...)

Hemos dicho en la sentencia de Pleno 725/2018, de 19 de diciembre, que aunque en nuestro Derecho nacional no existe una previsión específica que se ajuste a esta obligación de restablecimiento de la situación jurídica y económica del consumidor, se trataría de una situación asimilable a la del enriquecimiento injusto, en tanto que el banco se habría lucrado indebidamente al ahorrarse unos costes que legalmente le hubiera correspondido asumir y que, mediante la cláusula abusiva, desplazó al consumidor. Y también tiene similitudes analógicas con el pago de lo indebido, en cuanto que el consumidor hizo un pago indebido y la entidad prestamista, aunque no hubiera recibido directamente dicho pago, se habría beneficiado del mismo, puesto que, al haberlo asumido indebidamente el prestatario, se ahorró el pago de todo o parte de lo que le correspondía» (Fundamento Jurídico Cuarto, STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019)).

²⁴ Cfr. SSAP de Palma Mallorca, Sec. 5.^a, de 24 de enero de 2019 (ROJ SAP IB 122/2019), de Orense, Sec. 1.^a, de 13 de febrero de 2019 (ROJ SAP OU 54/2019), de Barcelona, Sec. 15.^a, de 18 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1066/2019), de Gerona, Sec. 1.^a, de 26 de febrero de 2019 (ROJ SAP GI 200/2019), de Lérida, Sec. 2.^a, de 28 de febrero de 2019 (ROJ SAP L 122/2019).

²⁵ Cfr. SSAP de Tarragona, Sec. 1.^a, de 1 de junio de 2016 (ROJ SAP T 880/2016), de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), de Málaga, Sec. 6.^a, de 5 de julio de 2016 (ROJ SAP MA 2093/2016), de Vizcaya, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016) y de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016).

²⁶ Por ejemplo, se pueden citar las SSAP de Asturias, Sec. 6.^a, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 165/2017) y de Pontevedra, Sec. 1.^a, de 28 de marzo de 2017 (ROJ SAP PO 405/2017).

²⁷ Cfr. SSAP de Oviedo, Sec. 6.^a, de 29 de septiembre de 2017 (ROJ SAP O 2505/2017), de Asturias, Sec. 6.^a, de 20 de octubre de 2017 (ROJ SAP O 2750/2017), de La Rioja, Sec. 1.^a, de 31 de octubre de 2017 (ROJ SAP LO 266/2017), de Granada, Sec. 3.^a, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018), de Vizcaya, Sec. 4.^a, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018), de Cádiz, Sec. 5.^a, n.º 610/2018 de 14 de noviembre de 2018 y de Toledo, Sec. 2.^a, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ SAP TO 1046/2018), entre otras.

²⁸ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 19 julio de 2017 (ROJ SAP O 2200/2017), de León, Sec. 1.^a, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Gran Canaria, Sec. 4.^a, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 7/2018), entre otras.

²⁹ Cfr. arancel n.º 2 del Real Decreto 1426/1989, 17 noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

³⁰ Cfr. SJPI n.º 2bis de Santander de 26 de julio de 2017 (PO 5010/2017).

³¹ A estos efectos de forma ilustrativa la SAP de Granada, Sec. 3.ª, de 25 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 469/2018) comenta:

«En todo caso, a pesar de la nulidad parcial de la estipulación quinta de la escritura, no puede prosperar la cantidad que se reclama en la demanda por un total de 3.257,85 euros y que se justifica con el documento n.º 5 que consiste en una provisión de fondos por dicho importe, desconociéndose cómo se liquidó esta cantidad y qué gastos son los que verdaderamente abonaron, carga de la prueba que corresponde a la parte actora, de conformidad con el artículo 217 de la LEC».

³² Cfr. SAP de Valencia, Sec. 9.ª, de 21 de noviembre de 2017 (ROJ SAP V 3121/2017).

³³ Que actualmente dispone:

2. Solo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos:

«(...) 4.º Las escrituras públicas, con tal que sea primera copia; o si es segunda que esté dada en virtud de mandamiento judicial y con citación de la persona a quien deba perjudicar, o de su causante, o que se expida con la conformidad de todas las partes».

Nótese que las pólizas, que en estos casos no suelen utilizarse, también llevarían aparejada la posibilidad de ejecución.

³⁴ Cfr. SSAP de Tarragona, Sec. 1.ª, de 1 de junio de 2016 (ROJ SAP T 880/2016), de La Rioja, Sec. 1.ª, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), de Málaga, Sec. 6.ª, de 5 de julio de 2016 (ROJ SAP MA 2093/2016), de Vizcaya, Sec. 3.ª, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016), de Huelva, Sec. 2.ª, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016), de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 772018), n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.ª, de 14 de noviembre de 2018, entre otras.

³⁵ Cfr. SSAP de Barcelona, Sec. 15.ª, de 14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019) y SJPI n.º 161/2017 del n.º 7 de Zaragoza de 22 de mayo de 2017.

³⁶ Cfr. SSAP de Pontevedra, Sec. 1.ª, de 28 de marzo de 2017 (SAP PO 405/2017), de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Las Palmas de Gran Canaria, Sec. 4.ª, de 20 de abril de 2018 (ROJ SAP GC 772018), n.º 610/2018, de Cádiz, Sec. 5.ª, de 14 de noviembre de 2018 y de Toledo, Sec. 2.ª, de 12 de diciembre de 2018 (ROJ SAP TO 1046/2018), entre otras.

³⁷ Cfr. AGÜERO ORTIZ, A. (2017).

³⁸ Cfr. SSAP de Granada, Sec. 3.ª, de 24 de abril de 2018 (ROJ SAP GR 462/2018) y n.º 610/2018 de Cádiz, Sec. 5.ª, de 14 de noviembre de 2018, de Albacete, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP AB 9/2019) y de Barcelona, Sec. 15.ª, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019). En primera instancia se puede citar por ejemplo la SJPI n.º 119/2018 del n.º 7bis de La Coruña de 30 de mayo de 2018.

³⁹ Cfr. SSAP de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Vizcaya, Sec. 4.ª, de 26 de abril de 2018 (ROJ SAP BI 214/2018), de Asturias, Sec. 1.ª, de 16 de julio de 2018 (ROJ SAP O 2267/2018) y de Murcia, Sec. 4.ª, de 10 de enero de 2019 (ROJ SAP MU 58/2019), entre otras. En primera instancia se pueden citar las SSJPI n.º 2/2017 del n.º 7 de Pamplona de 14 de septiembre de 2017, n.º 2623/2018 del n.º 101bis de Madrid de 11 de junio de 2018, n.º 1731/2018 del n.º 1 bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018, n.º 204/2019 del n.º 1 bis de Toledo de 17 de enero de 2019, entre otras.

⁴⁰ Cfr. SAP de Asturias, Sec. 6.ª, de 27 de enero de 2017 (ROJ SAP O 167/2017).

⁴¹ Cfr. SSAP de Córdoba, Sec. 1.ª, de 11 de enero de 2019 (ROJ SAP CO 28/2019), de Jaén, Sec. 1.ª, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP J 28/2019), de Cáceres, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP CC 26/2019) y de Cuenca, Sec. 1.ª, de 22 de enero de 2019 (ROJ SAP CU 12/2019). En primera instancia se pueden citar más pronunciamientos como las SSJPI n.º 72/2017 del n.º 3 de Tudela, de 31 de mayo de 2017, n.º 7941/2017 del n.º 101bis de Madrid de 2 de octubre de 2018 y la n.º 204/2019 del n.º 1 bis de Toledo de 17 de enero de 2019, entre otras.

⁴² Cfr. SSAP de León, Sec. 1.ª, de 16 de abril de 2018 (ROJ SAP LE 250/2018), de Albacete, Sec. 1.ª, de 17 de enero de 2019 (ROJ SAP AB 9/2019), de Barcelona, Sec. 15.ª, de

14 de febrero de 2019 (ROJ SAP B 1064/2019) y de Barcelona, Sec. 15.^a, de 1 de marzo de 2019 (ROJ SAP B 1501/2019), entre otras.

⁴³ Cfr. SSAP de Guadalajara, Sec. 1.^a, de 16 de enero de 2019 (ROJ SAP GU 7/2019), de Ciudad Real, Sec. 2.^a, de 28 de enero de 2019 (ROJ SAP CR 40/2019), de Zamora, Sec. 1.^a, de 8 de febrero de 2019 (ROJ SAP ZA 42/2019) y de Burgos, Sec. 3.^a, de 8 de febrero de 2019 (ROJ SAP BU 32/2019), entre otras.

⁴⁴ Cfr. SSAP de La Rioja, Sec. 1.^a, de 16 de junio de 2016 (ROJ SAP LO 244/2016), de Vizcaya, Sec. 3.^a, de 19 de octubre de 2016 (ROJ SAP BI 1894/2016) y de Huelva, Sec. 2.^a, de 21 de noviembre de 2016 (ROJ SAP H 722/2016), entre otras.

⁴⁵ Cfr. SSAP de Asturias, Sec. 5.^a, de 1 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 399/2017) y de Asturias, Sec. 5.^a, de 17 de febrero de 2017 (ROJ SAP O 642/2017). También hay resoluciones de primera instancia, como la SJPI n.º 1731/2018 del n.º 1 bis de Toledo de 5 de diciembre de 2018.

⁴⁶ Que en particular dice:

«1. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo suscritos con anterioridad a su entrada en vigor.

2. No obstante, las previsiones de esta Ley resultarán de aplicación a aquellos contratos celebrados con anterioridad si son objeto de novación o de subrogación con posterioridad a su entrada en vigor. En particular, el prestamista deberá informar al prestatario en los términos señalados en el artículo 14 de aquellos contenidos que hayan sido objeto de modificación respecto de lo contratado inicialmente.

3. Cualquiera que sea el momento en el que se hubiera celebrado el contrato, el prestatario siempre tendrá derecho de reembolso anticipado en el supuesto previsto en el apartado 6 del artículo 23.

4. Para los contratos anteriores a la entrada en vigor de esta Ley en los que se incluyan cláusulas de vencimiento anticipado, será de aplicación lo previsto en el artículo 24 de esta Ley, salvo que el deudor alegara que la previsión que contiene resulta más favorable para él. Sin embargo, no será de aplicación este artículo a los contratos cuyo vencimiento anticipado se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, se hubiese instado o no un procedimiento de ejecución hipotecaria para hacerlo efectivo, y estuviera este suspendido o no».

⁴⁷ Tal disposición fija la entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, que tuvo lugar el 16 de marzo de 2019 según puede constatarse en la web del referido medio: <https://boe.es/boe/dias/2019/03/16/>, consultada el 25 de marzo de 2019.

⁴⁸ En particular el artículo 23.6 de la LCCI establece:

«En caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de un tercero en los derechos del acreedor, siempre que en ambos casos suponga la aplicación durante el resto de vigencia del contrato de un tipo de interés fijo en sustitución de otro variable, la compensación o comisión por reembolso o amortización anticipada no podrá superar la pérdida financiera que pudiera sufrir el prestamista, con el límite del 0,15 por ciento del capital reembolsado anticipadamente, durante los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo.

Transcurridos los 3 primeros años de vigencia del contrato de préstamo el prestamista no podrá exigir compensación o comisión alguna en caso de novación del tipo de interés aplicable o de subrogación de acreedor en los que se pacte la aplicación, en adelante y para el resto de la vida del préstamo, de un tipo de interés fijo».

⁴⁹ El referido ámbito está particularmente delimitado en el artículo 2 de la LCCI, que dispone:

«1. Esta Ley será de aplicación a los contratos de préstamo concedidos por personas físicas o jurídicas que realicen dicha actividad de manera profesional, cuando el prestatario, el fiador o garante sea una persona física y dicho contrato tenga por objeto:

a) La concesión de préstamos con garantía hipotecaria u otro derecho real de garantía sobre un inmueble de uso residencial. A estos efectos, también se entenderán como inmuebles para uso residencial aquellos elementos tales como trasteros, garajes, y cualesquiera otros que sin constituir vivienda como tal cumplen una función doméstica.

b) La concesión de préstamos cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o inmuebles construidos o por construir, siempre que el prestatario, el fiador o garante sea un consumidor.

Se entenderá que la actividad de concesión de préstamos hipotecarios se desarrolla con carácter profesional cuando el prestamista, sea persona física o jurídica, intervenga en el mercado de servicios financieros con carácter empresarial o profesional o, aun de forma ocasional, con una finalidad exclusivamente inversora.

2. Esta Ley también será de aplicación a la intermediación para la celebración de una de las modalidades de contrato a que se refieren las letras a) y b) del apartado 1.

3. Las referencias que se realizan en esta Ley a los préstamos se entenderán realizadas indistintamente a préstamos y créditos.

4. Esta Ley no será de aplicación a los contratos de préstamo:

a) concedidos por un empleador a sus empleados, a título accesorio y sin intereses o cuya Tasa Anual Equivalente sea inferior a la del mercado, y que no se ofrezcan al público en general,

b) concedidos sin intereses y sin ningún otro tipo de gastos, excepto los destinados a cubrir los costes directamente relacionados con la garantía del préstamo,

c) concedidos en forma de facilidad de descubierto y que tengan que reembolsarse en el plazo de un mes,

d) resultado de un acuerdo alcanzado ante un órgano jurisdiccional, arbitral, o en un procedimiento de conciliación o mediación,

e) relativos al pago aplazado, sin gastos, de una deuda existente, siempre que no se trate de contratos de préstamo garantizados por una hipoteca sobre bienes inmuebles de uso residencial,

o f) hipoteca inversa en que el prestamista:

(i) desembolsa un importe a tanto alzado o hace pagos periódicos u otras formas de desembolso crediticio a cambio de un importe derivado de la venta futura de un bien inmueble de uso residencial o de un derecho relativo a un bien inmueble de uso residencial, y

(ii) no persigue el reembolso del préstamo hasta que no se produzcan uno o varios de los acontecimientos previstos en la disposición adicional primera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, salvo incumplimiento del prestatario de sus obligaciones contractuales que permita al prestamista la rescisión del contrato de préstamo».

⁵⁰ Así el precepto 3 de la LCCI señala:

«Las disposiciones de esta Ley y las contenidas en sus normas de desarrollo tendrán carácter imperativo, no siendo disponibles para las partes contratantes salvo que la norma expresamente establezca lo contrario.

Serán nulos de pleno derecho los actos realizados en fraude de lo dispuesto en esta Ley, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código civil, y en particular la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce al deudor, fiador, garante o hipotecante no deudor».

⁵¹ A estos efectos no conviene olvidar la utilidad de la Exposición de Motivos para poder efectuar una interpretación sistemática y teleológica de la norma conforme al artículo 3.1 del Código civil. *Vid.* STS de 22 de diciembre de 2011 (ROJ STS 8996/2011). En concreto la Exposición de Motivos de la LCCI indica en su apartado IV:

«No obstante, es importante señalar que, al igual que como sucedió con las modificaciones introducidas en su momento por la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, las innovaciones en la fase precontractual, derivadas de la aplicación de esta Ley, no serán de aplicación, salvo a lo que expresamente se atribuya efecto retroactivo, a la cartera hipotecaria concedida. Y no lo serán ni siquiera como parámetro de comparación, en la medida en que nos encontramos ante contratos que se celebraron al amparo de una legislación que determinaba en su integridad los requisitos de transparencia a los que quedaban sujetos tales contratos».

⁵² Así en la STS de 23 de enero de 2019 (ROJ STS 104/2019) (aunque la literalidad es igual en el resto) dice en su Fundamento de Derecho Cuarto:

«El legislador puede modificar la normativa aplicable y establecer otros criterios de atribución del pago de estos gastos, por razones de política legislativa, como parece que realizará en el proyecto de Ley de Contratos de Crédito Inmobiliario que se tramita en las Cortes. Pero esas nuevas normas no pueden ser aplicadas con carácter retroactivo, salvo que en ellas se disponga lo contrario (art. 2.3 CC)».

⁵³ *Vid.* DE PUIG MATEU, J. y DE PUIG VILADRICH, J. (2013); CÁMARA LAPUENTE, S. (2017) y MARÍN NARROS, H. D. (2017).

⁵⁴ *Vid.* Noticias Jurídicas (2019).

⁵⁵ Cfr. AATS de 19 de abril de 2017 (ROJ ATS 3444/2017), de 10 de mayo de 2017 (ROJ ATS 4275/2017) y de 31 de mayo de 2017 (ROJ ATS 5292/2017), entre otros.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

El día 24 de abril de 2019 tuvo lugar en Sevilla la Jornada «Concurso de acreedores, Administración Pública y Registro», organizada conjuntamente con el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía y el Decanato Territorial de Andalucía Occidental.

Con el siguiente programa:

Presentación a cargo de:

D. Alberto GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO, director del Servicio de Estudios y registrador de la propiedad de Valverde del Camino.

Exposición a cargo de:

D. José M^a CASTRO PASCUAL, letrado de la Junta de Andalucía. «La incidencia de la declaración de concurso del contratista sobre el contrato administrativo».

D. Francisco Javier CARRETERO ESPINOSA DE LOS MONTEROS, magistrado especialista adscrito a la Sección 1^a del Tribunal de Primera Instancia Mercantil de Sevilla. «Embargos administrativos. La responsabilidad de sociedades municipales en concurso».

D. Eduardo FERNÁNDEZ ESTEVAN, coordinador de Modificaciones Legislativas y registrador de la propiedad de Sevilla N^o 17.

D. Pedro Jesús BAENA BAENA, catedrático de Derecho mercantil, vicedecano de Relaciones Institucionales de la Universidad de Sevilla. «Presupuestos legales del convenio (a propósito de la STS de 31 de enero de 2019)».

Moderadora:

Dña. Mariola PÉREZ PINO, letrada de la Junta de Andalucía.

Clausura a cargo de:

D. Juan José PRETEL SERRANO, Decano Territorial de Andalucía Occidental.

ARAGÓN

El día 7 de febrero, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación presentó su Anuario 2018, patrocinado por el Excmo. Ayuntamiento de Zaragoza. En el acto, el Alcalde de la ciudad, Ilmo. Sr. Pedro SANTISTEVE ROCHE, pronunció la conferencia «*Los derechos humanos y su protección*» .

El día 15 de febrero, tuvieron lugar los actos en conmemoración del Patrón de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, San Raimundo de Peñafort. Entre ellos: conferencia, a cargo de la catedrática de Derecho penal Dra. D.^a M.^a Ángeles RUEDA «*El derecho penal y el tratamiento de la violencia bidireccional en la pareja hombre/mujer. Reflexiones desde la Criminología*».

El día 21 de febrero, organizada por este Centro de Estudios, en la sede del Decanato se impartió la conferencia «*Blockchain, Smart Contract y Monedas Virtuales*» a cargo de D. Alfredo MUÑOZ GARCÍA, profesor contratado doctor (acr.) de Derecho mercantil en la Universidad Complutense de Madrid.

El día 21 de marzo, leyó su discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación D. Juan Antonio GARCÍA TOLEDO, presidente del Consejo Consultivo de Aragón, bajo el título «*Derechos históricos y Constitución: Estado de la cuestión. El caso de Aragón, en particular*». Le contestó el Académico de Número y actual presidente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de España, D. Manuel PIZARRO MORENO.

La fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico, dentro de su programa de actividades para el año 2019, organizó el día 22 de marzo la Jornada «*Derecho a la intimidad, riesgos y desafíos*», con el siguiente programa:

Inauguración:

D. Francisco Javier MATIA PORTILLA, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Zaragoza.

D. José TUDELA ARANDA, secretario general de la Fundación Manuel Giménez Abad.

Mesa Redonda: «*Aspectos de la intimidad personal*»

«*Intimidad y datos genéticos*» por D. Luis Fernández ANTELO, magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

«*Orientación sexual y derechos humanos*» por D. Antonio ARROYO GIL, profesor de Derecho constitucional de la Universidad Autónoma de Madrid.

Mesa Redonda: «*La intimidad y aspectos relacionales*»

«*La vida privada en el ámbito laboral*» por D. Juan María BILBAO UBILLOS, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Valladolid.
«*Secreto de las comunicaciones*», por Dña. Ascensión ELVIRA PERALES, catedrática de Derecho constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid.

Mesa Redonda: «*La intimidad familiar*»

«*Prohibición de separar a padres e hijos*», por D. Francisco Javier MATIA PORTILLA, catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Valladolid.

«*El derecho a la reagrupación familiar*», por Dña. Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, profesora titular de Derecho internacional privado de la UNED.

Mesa Redonda: «*La vida privada*»

«*El derecho a la paz medioambiental en el hogar*» por D. Luis GORDILLO, profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Deusto.

«*La vida privada de las personas con capacidad diversa*», por Dña. Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Valladolid.

«*Reservas irlandesas a la CDFUE*», por Dña. Graciela LÓPEZ DE LA FUENTE, profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valladolid.

— El día 25 de marzo, en la Universidad de Zaragoza tuvo lugar el solemne acto académico en honor de su Patrón San Braulio. La alocución fue a cargo del profesor de la Facultad de Filosofía y Letras, Dr. D. Francisco MARCO SIMÓN, titulada «*Los contextos de la magia en el Imperio romano: Incertidumbre, Ansiedad y Miedo*».

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel. *La partición convencional*. Ediciones Olejnik. Argentina, 2019. 341 páginas.

por

DIEGO VIGIL DE QUIÑONES OTERO

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Profesor honorífico de la Universidad Complutense de Madrid

§ 1. El Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla Manuel ESPEJO LERDO DE TEJADA acaba de publicar en América una valiosa monografía dedicada a un tema no siempre lo bastante analizado como es la partición convencional, es decir, la realizada por acuerdo entre los interesados en una determinada herencia.

§ 2. La sistemática de la obra resulta clara y muy sencilla para cualquier lector; al ordenar los abundantes temas y problemas que la partición convencional plantea en orden cronológico, lo cual es ya una primera explicación del tema: la partición es la fase final o culminación del fenómeno sucesorio, es un negocio y como tal tiene unos elementos que deben concurrir en determinado momento, y una vez realizada genera unos efectos y puede ser objeto de impugnación y, en su caso, ineficacia posterior.

A este *iter* negocial de la partición responde la obra. Su primer capítulo sienta el concepto y contenido de lo que es la partición. El segundo ubica temporalmente la partición en el proceso sucesorio, como su culminación.

En tanto negocio jurídico de carácter contractual, la partición requiere de consentimiento, objeto, causa y forma. A estos elementos van dedicados los capítulos tercero, cuarto y quinto, que profundizan en la problemática de los sujetos (capítulo 3), las formas (capítulo 4) y en las consecuencias del carácter contractual de la partición convencional (capítulo 5).

Una vez realizada, la partición produce unos efectos y puede incurrir en ineficacia. A esto se dedican los capítulos sexto, séptimo y octavo, que analizan la eficacia (capítulo 6), la ineficacia (capítulo 7) y la rescisión y sus problemas (capítulo 8).

§ 3. Este tratado sobre la partición convencional ante el que estamos, bebe de las mejores fuentes doctrinales, en cuya *traditio* se inserta. El verbo *tradere* describe una acción hacia delante, aunque la palabra tradición remita nuestra mente hacia atrás: no se trata de guardar lo recibido como materia muerta, si no de hacerlo caminar en continuidad hacia delante como materia viva. La obra que analizamos del Prof. ESPEJO parte de las imprescindibles aportaciones en la materia del gran Juan BERCHSMANS VALLET DE GOYTISOLO, las cuales tiene en cuenta abordando nuevos problemas.

Problemas manifestados en la práctica, de la que son reflejo las otras fuentes: la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General de los Registros y el Nota-

riado sobre la materia. Y es que el libro contiene más de setecientas referencias a sentencias, abarcando (prácticamente) la totalidad de la jurisprudencia en la materia objeto de estudio desde la promulgación del Código civil.

Además, como no podía ser de otro modo, recoge las aportaciones de los demás autores. Con lo cual la obra, además de su contenido, constituye una guía imprescindible sobre recursos disponibles sobre la materia.

§ 4. Partiendo de los grandes conceptos, y entrando en los grandes problemas, el libro desarrolla en el orden indicado el tema, entrando sobre todo en las soluciones que se pueden obtener a partir del Derecho del Código civil español, es decir, el Derecho castellano. No obstante, parte para muchos de los aspectos analizados de los Derechos de Italia y Francia, lo cual hace del libro del Prof. ESPEJO una obra fundamental para dominar el tema, susceptible de ser tenido en cuenta por los estudiosos o aplicadores del Derecho de cualquier otro país de Europa o América influido por los indicados ordenamientos francés e italiano (por tanto, también los Derechos civiles españoles no castellanos, comúnmente llamados forales, y denominados autonómicos por la doctrina reciente).

§ 5. Sin eludir la practicidad del tema tratado, el libro no renuncia a entrar en los aspectos trascendentes del tema de la partición convencional. Se analiza la partición convencional como negocio con «sustantividad causal propia». En unos tiempos que me atrevo a calificar de malos para el causalismo, el autor permanece fiel al fundamento y razón de ser del negocio, analizándolo en su profundidad, reconociendo una *ratio* propia, una utilidad, una justicia interna del propio negocio de transmisión. Ello implica que, si hubiera o hubiese otros negocios ínsitos en el que se realiza partiendo la herencia, es preciso que se prueben estos y su peculiar causa para sustraerlos al negocio de partición.

Este análisis de la causalidad es profundizado al abordar los aspectos contractuales del negocio particional, dedicando incluso un apartado al papel que juega la partición como *causa adquirendi* y su peculiaridad de no necesitar de título y modo, a diferencia de los «ciertos contratos» (que no todos, como se ve) previstos en el artículo 609 del Código civil como modos de adquirir el dominio. Un papel de título y causa que se toma en cuenta ya desde el comienzo al analizar la libertad dispositiva que encierra la partición convencional. Una libertad que en ocasiones choca con el objetivismo con que acostumbra a proceder el fisco con su principio de calificación jurídica, que también es tenido en consideración.

Dicha profundización en la (permítaseme la expresión) «metafísica» del negocio particional llega al punto de analizar el fenómeno de la realización de encargos del causante que, sin llegar a constituir modo, son obligación de conciencia de los causahabientes, y en ocasiones se llevan a cabo en la partición convencional.

§ 6. El libro procura no dejar sin análisis prácticamente ningún problema que la partición convencional puede ocasionar. En línea con el enfoque temporal indicado (*iter* sucesorio, tradición doctrinal), analiza también los problemas derivados de que la partición no sea simultánea sino sucesiva: dedica un buen apartado a la suspensión por embarazo de la viuda; analiza la partición parcial; entra, al tratar de los aspectos contractuales, en el problema de la formación sucesiva del consentimiento; analiza el problema de la adición de la partición; e incluso plantea la hipótesis de la partición sobre la herencia futura.

§ 7. Un aspecto fundamental, determinante, de la partición, es la necesidad de unanimidad entre las personas afectadas. El tema resulta carísimo a la práctica registral a la que me dedico, pues la calificación registral procura la protección de los afectados por la inscripción, incluidos los terceros no solicitantes de la inscripción solicitada. Lo cual no es sino la aplicación a los actos de trascendencia

real del principio *quod omnes tangit ab omnibus approbetur*. Un principio que en el negocio particional no es ni mucho menos de sencilla aplicación, pues como indica ESPEJO «naturalmente la determinación de quienes son los coherederos en el caso concreto, puede estar llena de interrogantes, sobre todo si entran en juego instituciones sucesorias complejas como son la transmisión del *ius delationis*, el derecho de acrecer y la sustitución vulgar, las sustituciones fideicomisarias, el derecho de representación, la aplicación del Fuero del Baylío, etc.».

El libro procura sentar con claridad quienes deben intervenir en los casos normales en la partición convencional, analizando así el problema de los legitimarios (en la legítima *pars bonorum* del Código civil), incluso si no les corresponde recibir nada, los usufructuarios, o los fideicomisarios (cuando no penden de condición).

El tema de los sujetos queda completado con el análisis de otros dos problemas no menores en la práctica, cuales son el de la capacidad (analizando en particular la intervención del menor emancipado), y el conflicto de intereses entre representantes legales y representados en la partición convencional.

Finalmente, en cuanto a sujetos, debemos destacar como son tenidos en cuenta en el planteamiento de los problemas los terceros ajenos al negocio a quienes este pueda afectar, que pueden tener algún interés y alguna acción sobre el mismo, cuales son acreedores, subadquirentes de bienes del heredero adjudicatario o pretendidos herederos que ejerciten acciones de filiación, siendo destacable el análisis que hace la parte final de los problemas que se ocasionan por estos terceros cuando procede la rescisión de la partición o esta queda en otro modo ineficaz.

§ 8. Si interesante resulta la obra en cuanto a los sujetos, no lo es menos en cuanto al objeto. En efecto, al tratar de los efectos de la partición no se elude problema alguno relativo a la evicción y saneamiento, las deudas con terceros, o las formas en que, en su caso, se producirá la restitución del lesionado por la partición que se rescinda.

§ 9. En suma, estamos ante una excelente monografía que puede resultar imprescindible a los juristas prácticos habituados a asistir a la celebración de particiones convencionales, pero también a los teóricos que en los próximos años vayan a continuar una tradición de estudio del tema, en la que este libro se inserta sirviendo de excelente eslabón intermedio entre las aportaciones de VALLET y la jurisprudencia de los últimos tres siglos, y los problemas que en el futuro se planteen con esta institución, la de la partición convencional, por la cual se culminan la inmensa mayoría (cuasi unanimidad) de las herencias en la actualidad.

AMAT LLOMBART, P., *Las cláusulas abusivas en los préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del Derecho y la jurisprudencia comunitaria y española*, edit. Reus, Madrid, 2018, 414 págs.

por

LAURA ZUMAQUERO GIL
Profesora Contratada Doctora
Universidad de Málaga

Este libro presenta un estudio pormenorizado de las cláusulas abusivas de los contratos de préstamo hipotecario celebrados entre una entidad financiera y

un consumidor; a partir de un análisis exhaustivo de la normativa protectora de consumidores y de la jurisprudencia, tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como del Tribunal Supremo y de las Audiencias Provinciales. La monografía se estructura en cinco partes claramente diferenciadas: una primera parte, en la que el autor aborda el concepto de consumidor y su particular protección en el caso de los préstamos hipotecarios; una segunda parte, en la que se analiza el modelo de contratación con condiciones generales, característico de este tipo de contratos; una tercera y una cuarta parte, en las que se analiza el concepto de cláusula abusiva, los controles de incorporación y de contenido de las condiciones generales de contratación, así como los distintos tipos de cláusulas abusivas que más comúnmente son incorporadas por las entidades financieras a este tipo de contratos; y una quinta y última parte, que recoge los efectos derivados de la declaración de abusividad.

En el primer capítulo, titulado «El concepto de consumidor y usuario. Su participación como parte contratante en préstamos hipotecarios», encontramos un estudio detallado del concepto de consumidor y usuario, del que se destaca su adaptación a la terminología comunitaria, si bien con la particularidad de las personas jurídicas, que podrán ser consideradas también consumidores, si actúan sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial. Es destacable también, como bien señala el profesor AMAT LLOMBART, que en el caso de los préstamos hipotecarios se ha llegado por parte de la jurisprudencia a interpretaciones bastante flexibles, siendo buen ejemplo de ello la no exclusión automática del ámbito de aplicación de la Ley, en los casos en los que el prestatario sea un empresario, si se demuestra que no adquirió el préstamo para destinarlo a su actividad comercial, empresarial o profesional.

Ya en un segundo capítulo se analizan los préstamos hipotecarios desde la perspectiva de su contenido, claramente integrado por condiciones generales de la contratación. En estos casos el principio de autonomía de la voluntad no juega del mismo modo cuando se trata de un consumidor. Como afirma el profesor AMAT LLOMBART, estos contratos suelen incluir cláusulas abusivas, que además de no haber sido negociadas individualmente, producen un claro desequilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes, en contra de la buena fe, y en perjuicio del consumidor. Estas cláusulas son analizadas en el capítulo cuarto de la obra, tras realizar un estudio, en el capítulo tercero, de las cláusulas abusivas más comúnmente utilizadas por las entidades financieras en este tipo de contratos. Analiza así las cláusulas suelo, las cláusulas de redondeo de intereses al alza, la cláusula relativa al tipo de interés variable aplicable referenciado al índice IRPH, la llamada «cláusula multigastos», la cláusula de intereses moratorios, la cláusula de vencimiento anticipado y la cláusula relativa a la denominación del préstamo en moneda extranjera.

De las distintas cláusulas analizadas, es probablemente la cláusula de vencimiento anticipado, junto con la de intereses moratorios, la que ha planteado los problemas más graves, si tenemos en cuenta el gran número de ejecuciones hipotecarias que se han iniciado con fundamento en cláusulas abusivas. La inclusión generalizada por parte de las entidades bancarias de cláusulas que activaban el vencimiento anticipado con el solo impago de una cuota o mensualidad del préstamo, dando por resuelto el contrato y exigiendo la totalidad del préstamo en ese mismo momento, ha sido el germen que ha dado origen a multitud de ejecuciones hipotecarias, a pesar de tratarse de cláusulas abusivas, no resultando relevante a estos efectos que la entidad bancaria en la práctica dejase transcurrir varias mensualidades antes de proceder a la ejecución. En el caso de los intereses

moratorios, son numerosas las hipotecas en las que estos intereses superaban el 18%, lo que ha obligado al legislador español a reformar nuestra legislación, limitando su cuantía en casos de adquisición de vivienda habitual al triple del interés legal del dinero (art. 114.3 LH). Sobre todas estas cuestiones se hace referencia en el libro.

Son numerosos también los problemas prácticos que ha planteado la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. La primera sentencia del Tribunal Supremo, que trató en profundidad esta cuestión (STS de 9 de mayo de 2013), es analizada desde el punto de vista de los criterios que llevaron al Tribunal Supremo a declarar abusiva la cláusula suelo y que posteriormente se han hecho extensibles a multitud de casos que han llegado a nuestros tribunales. En opinión del profesor AMAT LLOMBART estas cláusulas superan el control de transparencia, a efectos de inclusión, pero no el de claridad exigible en estos casos, puesto que el consumidor no puede hacerse una idea de la carga económica que conlleva la celebración de este tipo de contratos. El autor analiza también la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017, pues presenta la particularidad de recoger un pronunciamiento discrepante, al admitir la validez de la cláusula suelo introducida en el contrato de préstamo hipotecario. En este caso la cláusula suelo había sido negociada individualmente, no se trataba de una cláusula enmascarada en el contrato y además en el caso objeto de litis se entregó a los prestatarios unos cuadros simulados de amortización, donde se reflejaba la activación del mínimo del 3%. El notario advirtió además a los prestatarios de las consecuencias que se derivarían de su aplicación.

La condición de experto del prestatario también podría conducir a la no declaración de nulidad de la cláusula suelo. Esto fue lo que sucedió en el caso resuelto por la sentencia de Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2017, que también se analiza en esta obra.

Dentro del estudio de las cláusulas abusivas de los préstamos hipotecarios, resulta destacable, por tratarse de un tema de enorme actualidad, el estudio que el profesor AMAT LLOMBART realiza del carácter abusivo de la cláusula de gastos hipotecarios. Los gastos de tasación, gestoría, gastos notariales y registrales para la formalización de la hipoteca; los gastos extrajudiciales y judiciales derivados del posible incumplimiento por parte del prestatario de su obligación de pago, o el abono de los impuestos derivados de la operación suelen ser repercutidos al prestatario por parte de la entidad financiera, a través de una condición general del contrato. El carácter abusivo de este tipo de cláusulas ha sido ya admitido por nuestro Tribunal Supremo, que considera que el hecho de no distinguir los gastos y tributos que pudieran incumbir a una parte y a otra, derivando en el consumidor la totalidad de los gastos e impuestos, cuando en realidad parte de estos gastos, por naturaleza o por disposición normativa, podrían corresponder al empresario, produce un claro desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, en contra de la buena fe y en perjuicio del consumidor. El autor analiza detalladamente en este trabajo cada una de las partidas de gastos e impuestos que normalmente suelen figurar a cargo del prestatario, a efectos de determinar, conforme al derecho supletorio, quien debe proceder a su abono, y, por consiguiente, si tales cláusulas pueden considerarse o no abusivas.

Por lo que se refiere a la última parte de la obra, titulada «Efectos de la declaración judicial de abusividad de las cláusulas incluidas en préstamos hipotecarios», el autor, tras referirse al deber de los jueces de apreciar de oficio el carácter abusivo de una condición general, expone de manera detallada los efectos generales de la declaración de abusividad de una cláusula, entre los que

incluye la no vinculación de la misma al consumidor, el mantenimiento del contrato sin la cláusula abusiva, así como la imposibilidad de integrar o modificar el contenido de la cláusula. Seguidamente analiza los efectos restitutorios de cantidades indebidamente cobradas o imputadas al consumidor. Se cierra este capítulo con la exposición de las consecuencias procesales derivadas de la nulidad de la cláusula de vencimiento anticipado.

En definitiva, se trata de una obra de enorme utilidad práctica, puesto que recoge y analiza, con claridad y sencillez, tanto la normativa protectora de consumidores, como la jurisprudencia nacional y europea en materia de cláusulas abusivas de las hipotecas haciendo especial hincapié en los criterios que han llevado a declarar abusiva algunas de las cláusulas más frecuentemente utilizadas en este tipo de contratos.

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