

REVISTA CRITICA
DE
DERECHO
INMOBILIARIO



Año XCIV • Julio-Agosto • Núm. 768

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 XCIV • Julio-Agosto 2018 • Núm. 768

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 Gállego
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

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

Manuel Ballesteros Alonso
Director del Servicio de Estudios del Colegio
de Registradores de la Propiedad y Mercantiles
de España

Basilio Aguirre Fernández
Secretario de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Francisco Marín Castán
Consejero de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Celestino Pardo Núñez
Consejero de la Revista Crítica de Derecho
Inmobiliario

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

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

Luis M.^a Cabello de los Cobos y Mancha
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

Comité editorial

con funciones de evaluación externa

Ángela Galván Gallegos
Magistrada del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

Celia Martínez Escribano
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid
Letrada del Gabinete Técnico
del Tribunal Supremo

Diego Vigil de Quiñones Otero
Registrador de la Propiedad y Mercantil

María Goñi Rodríguez de Almeida
Profesora Agregada (Titular acreditada)
de Derecho Civil
Universidad Francisco de Vitoria

María Luisa Sánchez Paredes
Profesora Doctora de Derecho Mercantil
Universidad San Pablo CEU

Íñigo Mateo y Villa
Registrador de la Propiedad y Mercantil

SUMARIO / SUMMARY

	<u>Págs.</u>
GÓMEZ GÁLLIGO, Javier: «In Memoriam de Luis María Cabello de los Cobos y Mancha».....	1747
 ESTUDIOS / STUDIES	
CAPOTE PÉREZ, Luis Javier: «Bancos de protección de la naturaleza y Registro de la Propiedad» / <i>Habitat banking and Land Register</i>	1753
HERNANDO CEBRIÁ, Luis: «La “titularidad real” de las sociedades de capital: entre el orden público y la autonomía privada» / <i>The “Beneficial Ownership” over Companies: balancing the Public Interest and the Private Fundamental Rights</i>	1789
PASCUAL DE LA PARTE, César-Carlos: «La transmisión del <i>ius delationis</i> ex artículo 1006 del Código Civil y la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018, en relación a la sentencia del TS de 11 de septiembre de 2013» / <i>The transmission of the “ius delationis” “ex” article 1006 of the Spanish Civil Code and the resolution of the Directorate-General of Records and Notaries of January the 22nd, 2018 regarding the judgement of the Supreme Court of September the 11th, 2013</i>	1845
 ESTUDIOS LEGISLATIVOS / LEGISLATIVE STUDIES	
FANDOS PONS, Pedro: «Las repercusiones geográficas de los principios hipotecarios tras la Ley 13/2015, de 24 de junio (I): La vertiente geográfica del principio de rogación» / <i>The geographical repercussions of the mortgage principles after Law 13/2015, of June 24: geographical aspect of the principle of praying</i>	1893

MARTÍN BRICEÑO, María Rosario: «Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio» / <i>Analysis of the protection of the purchaser of a home under construction about advanced amounts to developer as part of price</i>	1939
--	------

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

GALLARDO PIQUERAS, Antonio: «Alcance del régimen de comunicación electrónica establecido por la legislación de procedimiento administrativo y del sector público en relación con las notificaciones y comunicaciones entre el Registro de la Propiedad y las Administraciones Públicas; referencia adicional al Colegio de Registradores» / <i>Scope of the electronic communication scheme established by the legislation of administrative procedure and of the Public Sector in relation to notifications and communications between the Land Registry and Public Administrations; additional reference to the Association of Registrars</i>	1989
---	------

MARTÍN MARTÍN, Álvaro José: «Patente ilegalidad del artículo 36 del Reglamento General de Costas» / <i>Patent Illegality of Article 36 of the National Coast Regulation</i>	2017
---	------

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

CALDERÓN CORREDOR, Zulema: «El acogimiento familiar de adultos con discapacidad: la experiencia canadiense. Marco jurídico comparado e incentivos fiscales» / <i>Supportive shared living for adults with developmental disabilities: the Canadian experience. Comparative legal framework and fiscal incentives</i>	2061
--	------

JIMÉNEZ MUÑOZ, Francisco Javier. «Armonización, convergencia y divergencia del Derecho de Familia en Europa» / <i>Harmonization, convergence and divergence of Family Law in Europe</i>	2083
---	------

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	2115
--	------

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «Competencia de los tribunales españoles para decidir sobre la responsabilidad parental y alimentos respecto de un menor que no reside en la Unión Europea» / *Competence of the spanish courts to decide on parental responsibility and food in respect of a minor who does not have a residence in the European Union*, por María Isabel DE LA IGLESIA MONJE..... 2195

1.2. Derecho de familia:

- «El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo» / *The best interests of the child in the jurisprudence of the Supreme Court*, por Juan Faustino DOMÍNGUEZ REYES..... 2212

1.3. Derechos reales:

- «La hipoteca multidivisa y el deber de información» / *Multicurrency mortgage and the duty of information*, por María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA..... 2234

1.4. Sucesiones:

- «La identidad de normas para resolver los conflictos de leyes internos e internacionales. Antecedentes y actualidad: especial referencia a los conflictos en materia de Derecho de familia y sucesiones» / *Identity of rules to solve internal and international conflicts of law. Precedent and preset: special reference to conflicts regarding family and successions*, por Francisco de Borja IRIARTE ÁNGEL..... 2250

1.5. Obligaciones y Contratos:

- «Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios» / *Novation, transaction and waiver in the mortgage loans*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO.. 2281

1.6. Responsabilidad civil:

- «Daño moral en el derecho de autor: el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética y los daños punitivos»

	<i>/ Non-pecuniary damage on copyright: hypothetical royalty criteria and punitive damages</i> , por Isabel ESPÍN ALBA.....	2296
1.7.	Concursal:	
	— «La inhabilitación del concursado persona física culpable» / <i>The disqualification of the bankrupt debtor natural person</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS.....	2319
2.	MERCANTIL:	
	— «Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018» / <i>Settlement, novation and nullity of ground clauses in the judgment of the Spanish Supreme Court dated on 11 April 2018</i> , por Francisco REDONDO TRIGO.....	2346
3.	URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
	— «La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites» / <i>Complementary operations to amend or adjust previous plot-redivision projects: content, conditions and limits</i> , por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN.....	2367
4.	DERECHO BANCARIO:	
	— «¿Había cláusulas suelo lícitas?» / <i>Were clauses soil lawful</i> , por Eduardo CORRAL GARCÍA	2382

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY
INFORMATION**

	«Patrimonio inembargable, alimentos y <i>fresh start</i> », de Fátima YÁÑEZ VIVERO, por Lúcia ARNAU RAVENTÓS	2405
	«Comentarios a los Precedentes y Acuerdos del Tribunal Registral», de Gilberto MENDOZA DEL MAESTRO, por Ángel VALERO FERNÁNDEZ-REYES	2408

In Memoriam de Luis María Cabello de los Cobos y Mancha, Consejero de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

por

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO

Presidente de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

¿Me estás llamando Señor?

Con qué suavidad me llamas, con qué silencio me escuchas,

Qué dulces son Tus palabras, qué desconocido el momento,

Qué oculto cada destino...

Si me llamas dímelo, que abra mis oídos, que ate mi lengua,

Que desunza los bueyes para que busquen comida y agua;

Para que el Paráclito entone Inefables gemidos y sea mi canto

un canto de alabanza y una acción de gracias

Y mi súplica, el Verte a Ti en el Cielo,

y que tu Bondad y Tu Misericordia sean el manto de mi duelo,

para que los míos griten de alegría en mi partida

y desparramen toda tristeza por los suelos,

como mueren a la vida los que de Dios siguen Su camino y Su consuelo.

(Luis María Cabello de los Cobos y Mancha,
Santander, Agosto 2018)

¡Qué Fe tan sólida rebosa estos versos pronunciados por Luis María a su esposa Chiqui y a sus hijos Martín y Miriam poco antes morir! Luis María tenía una profunda fe cristiana, basada en la convicción y en el conocimiento exhaustivo de las enseñanzas de Cristo. Y las ponía en práctica como pocas personas en este mundo, demostrando día a día su coherencia y rectitud. A principios de agosto confesaba Luis a su mujer, Chiqui, estar dispuesto para irse a la Casa del Padre. Cuando ella protestó él contestó: ¡deberías estar contenta! Tenía evidentemente prisa por llegar al Encuentro con el Señor.

Tenemos que estar alegres por haber conocido a Luis María. Él mismo nos pide estar alegres pese a que nos haya dejado, (¡qué contradicción si se mira desde postulados solamente humanos, que nos llevarían a una natural y profunda tristeza!). Y nos lo pide quien fue un ejemplo de alegría, de bondad y de sentido del humor, que ejercía diariamente.

Luis María fue ejemplo de vida para muchos; sin duda lo fue para su familia, para sus amigos y para mí. Fue un jurista de prestigio, grandísimo Director General de los Registros y del Notariado, excelente persona, gran amigo. Y a tenor de la talla humana y cristiana de sus hijos, desde luego fue un gran padre, que supo transmitir en su entorno la Verdad. ¡Qué pena que no puedas estar con los tuyos en la toma de posesión como notaria de tu hija Miriam, recientemente aprobada en las oposiciones de Notarías! Pero también ¡qué alegría la de saber que antes de partir tu hija ha alcanzado sus objetivos!

«¿Te das cuenta que Jesucristo llama antes a los más brillantes y mejores?», me dijo un día Luis refiriéndose a un compañero registrador fallecido joven. Me viene ahora este recuerdo a la memoria, alcanzando todo su sentido con su muerte prematura (¡tenía tan solo 61 años!). Y es que en efecto, Dios se suele llevar pronto a los mejores.

Luis María Cabello de los Cobos y Mancha, a quien tuvimos el honor de tener en el Consejo de esta *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, será recordado como uno de los registradores de la propiedad más prestigiosos y uno de los Directores Generales de los Registros y del Notariado que más reformas positivas implantó en el sistema de seguridad jurídica preventiva.

Durante el mandato de Luis María Cabello de los Cobos como Director General (24 de mayo de 1996 a 12 de mayo de 2000) se aprobaron normas de gran calado, entre las que podemos destacar las Normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de Urbanismo, la Ley de condiciones generales de la contratación —que traspuso la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas— y su Reglamento, la Ley de Enjuiciamiento Civil, y la Ordenanza del Registro de Bienes Muebles. Estas normas significaron una modernización del sistema registral en materia de ejecución hipotecaria, protección del consumidor y organización del sistema de publicidad registral en materia mobiliaria. También prestó especial atención a la protección de datos de carácter personal, que siempre le preocupaba en la actuación del registrador.

En todos estos temas —como en tantos otros— era especialista, y había publicado sobre ellos. Contaba en su haber con 18 artículos en revistas científicas, 8 colaboraciones en obras colectivas, y varios libros sobre condiciones generales, protección del consumidor, régimen jurídico del Suelo en Canarias, y sobre publicidad registral. Poco conocido —pero es una joya— es su trabajo sobre el Libro Registro de Censos de Écija y la publicidad registral, donde incidía en la necesidad de que el modo en el sistema de tradición español necesariamente debía ser un modo público a través de la publicidad.

A todo ello debe añadirse su gran formación histórica, lógicamente conseguida a través de interminables horas de lectura. Todo lo sabía y le ayudaba a ello su inmensa memoria, capaz de recordar los mínimos detalles de nombres y situaciones.

Luis María era un hombre bueno, culto, respetuoso por los demás, pero de firmes convicciones que defendía con seguridad. Buen asesor, y mejor maestro de juristas, entre los que nos encontramos todos cuantos de letrados adscritos entramos en la Dirección General de los Registros y del Notariado en la convocatoria que él mismo realizó en 1998. Se puede decir que es un jurista de referencia, hombre justo y equilibrado, que supo defender con valentía los intereses generales de la Nación. Como todo registrador comprometido con su función dedicó buena parte de su tiempo a trabajos corporativos, como demuestra su paso por la Junta Directiva del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.

Amó sin dudas a su tierra extremeña, pero también quiso y fue muy querido en otros territorios de España. Especialmente querido y recordado lo es en Canarias donde fue Decano Territorial de Gran Canaria y donde era permanentemente reelegido sin discusión. Falleció siendo registrador de la propiedad en otra entrañable parte de España, Cataluña, a la que él —como historiador y conecedor del proyecto histórico y voluntario español— nunca quiso renunciar.

Nos has dejado Luis María, por fin has encontrado a Quién buscabas con anhelo. Pero siempre estarás en la memoria de cuantos te conocimos. La impronta de tu huella es indeleble.

Nota. Luis María Cabello de los Cobos y Mancha falleció cristianamente en Santander el domingo 19 de agosto, a las tres de la tarde —hora de la Divina Misericordia— como consecuencia de un aneurisma de aorta y recibió al día siguiente por la tarde sepultura en la Cripta de la Iglesia de la Inmaculada Concepción en la calle Goya de Madrid, llena a rebosar de familiares y amigos.

ESTUDIOS

Bancos de protección de la naturaleza y Registro de la Propiedad*

Habitat banking and Land Register

por

LUIS JAVIER CAPOTE PÉREZ

Doctor en Derecho

Profesor Contratado Doctor Tipo I de la Universidad de La Laguna

RESUMEN: El presente artículo recoge los resultados de un trabajo de investigación en torno a la figura de los llamados bancos de hábitat o bancos de protección de tierra, en tanto que herramientas de protección del patrimonio natural. En el mismo, se hace revisión de distintas experiencias comparadas sobre el particular, al tiempo que se reflexiona acerca del encaje de estas instituciones en el ordenamiento jurídico español, con especial atención al Derecho Inmobiliario Registral.

ABSTRACT: *This paper is the result of a research work about the institution of habitat banking or biodiversity Banks, as tools.*

PALABRAS CLAVE: Patrimonio natural. Bancos de tierra. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: *Natural heritage. Habitat banking. Land Register.*

* Artículo realizado en el seno del proyecto DER2014-52262-P «Situación actual y perspectivas de futuro de la información registral: hacia un nuevo modelo de administración del territorio». El trabajo es fruto de una estancia de investigación en el Max Planck Institute for comparative and international Private Law de Hamburgo.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL.—II. LA EXPERIENCIA DE LOS BANCOS DE HÁBITAT (*HABITAT BANKING*) EN EL ÁMBITO COMPARADO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ. 3. EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA. 4. LUCES Y SOMBRAS EN LAS EXPERIENCIAS COMPARADAS.—III. LOS BANCOS DE HÁBITAT EN EL DERECHO ESPAÑOL: LOS BANCOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA: 1. EL PATRIMONIO NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. 2. LA LEY 42/2007, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD. 3. EL REAL DECRETO 1274/2011, DE 16 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ESTRATÉGICO DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD 2011-2017, EN APLICACIÓN DE LA LEY 42/2007, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD. 4. LA LEY 21/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. 5. LA INCERTIDUMBRE DE LOS BANCOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA.—IV. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS BANCOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA: 1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA LEY DE EVALUACIÓN AMBIENTAL. 2. PROPUESTA DEL COLEGIO REGISTRAL DE UN DERECHO REAL LIMITADO DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO NATURAL

Una de las preocupaciones contemporáneas más acuciantes se halla en la cuestión medioambiental. Vivimos en un planeta cuyos recursos son limitados y, en buena medida, irrecuperables. Sectores como el energético dan buena cuenta del recordatorio constante de que el modelo en el que se asienta el presente bienestar de una parte de la población mundial y la posibilidad de acceso al mismo de la otra, está próximo a su extinción por agotamiento de unos combustibles —los de origen fósil— que se generaron en un pasado distante y que carecen de una naturaleza renovable. El desarrollo operado durante los últimos trescientos años —como consecuencia de la aplicación práctica de los descubrimientos operados durante la revolución científica— se ha hecho pagando un alto precio.

Una parte del considerable coste abonado por el planeta ha sido soportada por la riqueza biológica del mismo. La presencia de la humanidad como especie dominante se ha traducido en un fuerte impacto sobre la biodiversidad, que se ha ido perdiendo a gran velocidad y con creciente aceleración. La preocupación —relativamente reciente— para frenar, parar y, en la medida de lo posible, revertir estos nefandos efectos se ha traducido en la introducción de conceptos como el de «desarrollo sostenible» que buscan en su aplicación dar con la clave de un complicadísimo equilibrio entre la conservación medioambiental y el desarrollo que lleve a la consecución global de un nivel de bienestar equitativo para toda la humanidad¹.

El presente trabajo pretende exponer las posibilidades de un mecanismo dirigido a la conservación y recuperación del patrimonio natural: los bancos de conservación de la naturaleza. Surgidos en los Estados Unidos del último tercio del siglo veinte, se han implantado en otros países y en España se anuncia su introducción a través de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación medioambiental.

II. LA EXPERIENCIA DE LOS BANCOS DE HÁBITAT (*HABITAT BANKING*) EN EL ÁMBITO COMPARADO

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de abordar el estudio de las experiencias comparadas en cuanto a los bancos de hábitat, es necesario indicar algunos aspectos de acotación respecto de la labor de análisis.

Para empezar, hay que considerar el hecho de que la literatura especializada en la materia ha utilizado una terminología muy variada, que se corresponde con diversos conceptos que no siempre resultan sinónimos, bien por razones de naturaleza intrínsecamente conceptual, bien por motivos de índole práctica. Así, se hace necesario partir de una definición básica, sobre la cual podamos establecer matices y avanzar en el estudio de la figura objeto del presente trabajo. Así, un banco de conservación es un lugar o conjunto de lugares donde sus recursos —como humedales, corrientes de agua, hábitats o especies— son restaurados, establecidos, incrementados y/o preservados con el fin de proveer compensaciones a los impactos medioambientales. En general, un banco de conservación transmite créditos compensatorios a aquellos promotores cuya obligación de aportar compensaciones por el inevitable perjuicio que provocan en sus actividades de explotación y desarrollo es, en consecuencia, transmitida al titular del citado banco². El uso de esta herramienta viene justificado por la cuádruple necesidad de:

- a) Frenar una pérdida de biodiversidad que va mil veces más rápido que al ritmo natural³.
- b) Obtener recursos para el objetivo de incrementar la eficacia de las medidas a adoptar para la conservación, recuperación e incremento del patrimonio natural⁴.
- c) Implicar a la propiedad privada en la defensa de los recursos naturales⁵ otorgando a sus titulares la posibilidad de obtener recursos para la gestión de los mismos, cuando se hallen en los límites de su dominio⁶.
- d) En relación con los dos puntos precedentes, promover la implicación de las empresas privadas en la defensa del patrimonio natural y la biodiversidad⁷, sobre todo en tiempos y situaciones en los que los recursos públicos son insuficientes.

Las posibilidades que ofrecen las distintas variantes de actuación sobre esta base conceptual son múltiples, pero hay que tener en cuenta que esta herramienta de compensación medioambiental ha sido objeto de regulación, hasta darle una naturaleza jurídica, bien por vía legal o bien por funcionamiento de la autonomía de la voluntad. Ello implica que, a la hora de trasladarla a nuestro ordenamiento jurídico, no se debe olvidar el detalle de que las instituciones no son electrodomésticos que podamos trasladar despreocupadamente de un país a otro, confiando en que funcionen si se siguen las instrucciones⁸. En un asunto tan delicado como este, las peculiaridades son y constituyen detalles esenciales para la óptima adaptación de la figura y, más importante aún, para la consecución de los objetivos deseados. Así, hay que tomar en consideración hasta las propias palabras empleadas en la terminología utilizada. Así, como se verá a continuación, el uso por parte del Derecho estadounidense de la palabra *mitigation* incluye más de lo que la acepción literal podría permitir intuir. Si se utiliza la palabra en su significación literal —traducida aquí como «mitigación»— podríamos entender que se hace referencia a la reducción de impactos adversos sobre el medioambiente. Sin embargo, en la terminología norteamericana el término indicado incluye no solo esa labor de reducción, sino otras que incluyen la compensación por los daños inevitables. En ese sentido, no es extraño encontrar literatura donde *mitigation*, *compensation* (indemnización) y *offset* (compensación) se utilicen de forma indistinta⁹. Esta apreciación es crucial ya que, como puede comprenderse, no es lo mismo mitigar que conservar mas, en este momento, debemos quedarnos con la idea de que idénticos términos pueden implicar conceptos y estrategias diferentes. Así, es habitual encontrar denominaciones como *biodiversity offsets* y *biodiversity banking*, los cuales son en ocasiones intercambiables y, en otras, hacen referencia a mecanismos distintos para la obtención de un mismo resultado¹⁰.

En este punto, baste la idea general esbozada en el concepto de inicio, para poder introducir los matices que aporten las luces y sombras a unas instituciones que, a día de hoy, son objeto de debate¹¹.

2. ESTADOS UNIDOS Y CANADÁ

El origen de los bancos de hábitat se encuentra en los Estados Unidos, donde la Ley Federal de Control del Agua Contaminada de 1972 (*Federal Water Pollution Control Act*), luego reautorizada por la Ley de Agua Limpia de 1977 (*Clean Water Act*) introduce el concepto de *no net loss*¹² —que aquí se traduce como ausencia de pérdida neta—¹³. En este escenario, surge para la promoción de la conservación de los humedales (*wetlands*)¹⁴ esta figura, que rápidamente pasa a otras áreas de la protección medioambiental, como las especies en peligro de extinción. Estos bancos se introducen como un mecanismo

excepcional, cuando el daño al medio ambiente no es evitable ni mitigable en su totalidad, pero introducen un nuevo factor, que redundará en su difusión y que se explica por su origen en este país¹⁵. En el ámbito de los Estados Unidos, una gran parte de la propiedad inmobiliaria con valor medioambiental está en manos privadas, siendo insuficiente la tierra de titularidad pública para la ejecución de planes de conservación y recuperación que puedan ser realmente efectivos. Por otra parte, las personas titulares de estos derechos de propiedad consideran que la aplicación de las restricciones a sus facultades dominicales establecidas en la legislación protectora —como la legislación de protección de especies en peligro de extinción (*Endangered Species Act*) resultaban perjudiciales¹⁶. La introducción de la posibilidad de estos créditos de compensación da a este colectivo la oportunidad de obtener rendimientos para su inversión en la conservación de sus fundos (en lo que a su valor patrimonial natural se refiere), al tiempo que establece una contrapartida por las limitaciones a sus potestades dominicales¹⁷. La adición de su comerciabilidad aporta el añadido del desarrollo de un mercado crediticio y de una industria de servicios medioambientales¹⁸. Esto, a su vez, ha promovido cierta oposición en el sector crítico a este mecanismo, que considera que con estos créditos de compensación y con la posibilidad de su comercialización se abre la puerta a un sistema de libre mercado, donde existe un serio riesgo de acabar imponiendo la regla de pagar dinero por destruir, en lugar de compensar excepcionalmente por aquella parte del perjuicio que es inevitable¹⁹.

Canadá siguió con relativa prontitud la senda marcada por su vecino del sur. La Ley de Pesquería de 1985 (*Fisheries Act / Loi sur les pêches*) incluyó el principio de ausencia de pérdida neta y sentó las bases de un sistema de compensación orientado a los humedales y a los hábitats de importancia piscícola. El sistema bancario de hábitats está bajo control público y no son admitidos los pagos monetarios para cumplir con las obligaciones de compensación²⁰.

3. EUROPA Y LA UNIÓN EUROPEA

En el viejo continente, los mercados de biodiversidad se encuentran en pleno proceso de desarrollo, siendo Alemania, el Reino Unido y Francia algunos de los países en los que se ha producido un mayor desarrollo.

En el país germano, la Ley Federal de Conservación de la Naturaleza de 1976 (*Bundesnaturschutzgesetz*) introduce el concepto de *Eingriffsregelung* o regulación de la mitigación del impacto medioambiental, de manera que con el mismo entra en el Derecho alemán el principio de ausencia de pérdida neta, aplicándose a todos los bienes contenidos en la normativa que lo regula. La exigencia del cumplimiento de estas regulaciones mitigadoras corresponde a las instituciones públicas competentes en materia de conservación de la naturaleza,

integrándose a partir de la década de los noventa del siglo pasado en la regulación urbanística federal²¹.

El país británico ha sido, por su proximidad jurídica a Estados Unidos y Canadá²², uno de los puntos en los que ha entrado en Europa el mercado de créditos de compensación, gestionados principalmente a través de organizaciones no gubernamentales, como la *Royal Society for the Protection of Birds*, que cuenta con una dilatada experiencia en la creación y administración de hábitats. La actividad británica en la materia refleja un desarrollado programa de compensación a la biodiversidad en hábitats como zonas intermareales, en relación con proyectos de desarrollo portuario, que parecen augurar un desarrollo del mercado a corto plazo. En esa línea, hace unos años se anunció la puesta en marcha de una experiencia para el desarrollo de compensaciones voluntarias, liderado por el *Department for Environment, Food and Rural*, que tenía por objeto el desarrollo de experiencias piloto en media docena de emplazamientos en las islas británicas²³.

El país galo introdujo el concepto de compensación en la Ley de Protección de la Naturaleza de 1976 (*Loi núm. 76-629, du 10-7-76*) que establece este mecanismo como el último en la escala jerárquica para afrontar los efectos medioambientales negativos del desarrollo. Sin embargo, no ha sido hasta 2009 que se ha establecido una línea de actividad compensatoria, mediante la creación de CDC Biodiversité, una sucursal de la entidad financiera *Caisse des Dépôts et Consignations* y el primer banco de biodiversidad francés con capacidad para comerciar con créditos de biodiversidad.

En el ámbito de la Unión Europea, el estudio del tratamiento de los bancos de conservación de la naturaleza presenta en este apartado una necesaria reconducción a la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales²⁴.

Esta Directiva viene a redundar en la problemática de la pérdida de patrimonio natural y diversidad biológica²⁵, como premisa para el establecimiento de un marco común para la prevención y reparación de los daños medioambientales, a un coste que resulte razonable para la sociedad y basado en dos premisas ya conocidas:

- 1.º La evitación de los daños medioambientales a través de su prevención²⁶.
- 2.º La regla de una imperativa minimización de los daños²⁷.
- 3.º El principio de que quien contamina paga²⁸.

El sector a armonizar que se establece en esta norma europea plantea que la riqueza medioambiental es un bien común cuya protección va más allá de las posibilidades de acción de los Estados-miembro²⁹, individualmente considerados. El patrimonio natural es el objeto de defensa y se van a establecer las reglas

para que los daños que se ocasionen al mismo por mor de la práctica de actividades³⁰ vinculadas al desarrollo que opera en la sociedad contemporánea sean revertidos o atemperados con cargo a quien lleva a cabo dichas actuaciones³¹.

Uno de los aspectos sobre los que hay que llamar la atención en este punto, es el hecho de que la normativa europea se separe de las reglas propias de la responsabilidad civil³². El propio legislador comunitario descarga los esquemas propios del Derecho de Daños tradicional, al considerarlos inadecuados para el fin pretendido. De igual forma, advierte que de los preceptos de la Directiva no surge acción que legitime a titulares particulares de propiedad o demás derechos de goce para reclamar resarcimiento o indemnización por los daños que se puedan derivar en el plano medioambiental³³. El objeto a proteger no es una concreta cosa inmueble, sino un valor mucho más difuso y colectivo, de la misma manera que difusa puede ser la actividad contaminante en su desarrollo, expansión y efectos³⁴.

Al establecer las reglas de partida que sentaron en otros ámbitos las bases para la introducción de los bancos de hábitat, el texto de la norma europea abre indirectamente la puerta a su aparición en el espacio de la Unión Europea con carácter general³⁵. La regla de que quien contamina paga y la presencia de un principio de jerarquía de compensaciones —concretado mediante la regla de minimización— son signo de ello³⁶, sirviendo su existencia para que se puedan dar pasos en el camino que lleva a su aparición en España.

4. LUCES Y SOMBRAS EN LAS EXPERIENCIAS COMPARADAS

El estudio de las distintas figuras englobadas bajo el paraguas conceptual ha arrojado una extensa literatura académica de naturaleza interdisciplinar, en la que se reflejan los potenciales aspectos positivos de estas iniciativas y los riesgos de sus efectos negativos. Unos y otros deben ser expuestos aquí, con el fin de que se dibuje un retrato realista del escenario desarrollado y se pueda abordar de forma adecuada la tarea de analizar las posibilidades de esta figura en España.

Una de las conclusiones que debe traerse a colación viene dada por el hecho de que las figuras de compensación de la biodiversidad son objeto a día de hoy de una profunda controversia, en la que escépticos y defensores se hallan enzarzados. El primer sector abunda en el potencial de estas herramientas, en tanto que en el segundo se recalca el peligro de su naturaleza mercantil³⁷. Esta situación se ve agravada por el hecho de que el 80% del mercado de estos créditos no sea lo bastante transparente³⁸. Pese a ello, sí se pueden alcanzar ciertos resultados que, a su vez, sirvan como punto de partida para la siguiente etapa del presente trabajo.

A) Incardinación conceptual de los créditos de compensación: la compensación crediticia de la pérdida de biodiversidad encuentra su razón de ser en el

seno de los principios de ausencia de pérdida neta (para evitar la devaluación de la riqueza biótica) y de que quien contamina ha de pagar por ello. No debe confundirse esta segunda regla con el concepto de responsabilidad civil derivada de un daño medioambiental; en esta se genera un resultado resarcitorio o indemnizatorio como consecuencia de una acción u omisión contraria a Derecho; en la compensación por deterioro o pérdida del patrimonio natural, esta se plantea como la última salida para restañar un daño inevitable, consecuencia de un desarrollo necesario.

B) Carácter excepcional y subsidiario de la compensación: el uso de créditos de compensación es, como se adelantaba en el apartado anterior, la *ultima ratio* del sistema de pago por contaminación. Todos los sistemas se incluyen dentro del concepto de desarrollo sostenible y establecen una clara jerarquía de compensaciones (*mitigation hierarchy*) a la hora de analizar los efectos de un proyecto con implicaciones medioambientales:

- a) Abstinencia (*avoidance*): los daños han de ser evitados en su totalidad, mediante la aplicación de alternativas que conjuren aquellos.
- b) Minimización (*minimisation*): los resultados nocivos para el medio ambiente que no se pueden evitar deben reducirse a la misma expresión posible.
- c) Compensación (*compensation / offset / mitigation*): los perjuicios que no puedan ser minimizados habrán de ser compensados mediante mecanismos de restitución o de abono económico (allí donde ello sea permitido).

Es el último apartado el que ha de constituir el campo de acción de los bancos de conservación de la naturaleza. De otra forma, el mencionado peligro de mercantilización de la riqueza del patrimonio natural constituiría un riesgo mucho más plausible³⁹.

C) Necesidad de una unidad de medida⁴⁰, como base para el establecimiento de un mercado:

- a) Aspectos previos: el hecho de que la posibilidad de desarrollo de un mercado crediticio haya sido uno de los factores relevantes en el desarrollo de estas herramientas, más la propia naturaleza transaccional de las mismas ha determinado que uno de los objetos principales de estudio y de debate haya sido la medida de la pérdida de patrimonio natural y de la necesaria compensación, como paso previo para su comercialización en un sistema de cesión y adquisición a título oneroso⁴¹.
- b) Objeto de las actividades: el primer punto sobre el que debe llamarse la atención viene dado por el bien sobre el que recaen la causa y el efecto compensatorios. En todo momento, se ha hablado del patrimonio natural y de la biodiversidad, pero los proyectos que generan el deterioro de

los mismos se ejecutan sobre cosas inmuebles⁴². Las fincas, empero, no pueden considerarse aquí desde una perspectiva meramente inmobiliaria, sino que deben analizarse desde el ángulo de su valor medioambiental. Así, resulta más adecuado referirse a hábitats, entendiendo por tales los lugares con las condiciones apropiadas para que viva un organismo, especie o comunidad animal o vegetal⁴³. A la hora de valorar el daño posible y su necesaria compensación, el criterio de la superficie es claramente insuficiente⁴⁴, siendo necesaria la adición de otros parámetros que reflejen claramente el valor biológico de un lugar, tanto a los efectos de producción del perjuicio como de generación de créditos para compensación⁴⁵. No existe un sistema simple de medida ni una escala simple de magnitudes, por lo que no existen, en consecuencia, soluciones simples a este problema⁴⁶. Además, para proceder a una valoración realista y eficaz, se precisan datos fiables relativos a múltiples factores que han de ser tenidos en cuenta⁴⁷ para que la empresa se vea coronada con el éxito. La regla de partida impone la idea de que una compensación efectiva debe aportar la restauración, recuperación o creación de un área de riqueza medioambiental de dimensiones iguales o superiores a las de la zona afectada (principio *like to like*, *like for like* o igual por igual)⁴⁸ pero esta aceptable premisa no es tan sencilla de llevar a la praxis. En este punto, hay que llamar la atención también sobre el hecho de que uno de los factores que se han presentado como positivos⁴⁹ en estos instrumentos —la posibilidad de un mercado crediticio— puede introducir elementos de distorsión. La viabilidad de un sector comercial en este ámbito implica la necesidad de que este tenga unas dimensiones mínimas. Sin embargo, un crecimiento aceptable en el plano económico podría resultar negativo desde la perspectiva medioambiental, si se flexibilizan los requisitos para proceder a la compensación y se relaja la máxima de igual por igual⁵⁰.

c) Valoración del crédito de compensación: la situación descrita en el apartado anterior tiene su continuación en la dificultad de establecer un sistema de medida con sus correspondientes unidades de magnitud, con el fin de poder cumplir los objetivos designados y sentar las bases del deseado mercado⁵¹. El antecedente inmediato de este sistema se halla en el correspondiente al comercio de derechos de emisión de dióxido de carbono (CO₂)⁵², que funcionan bajo unas premisas similares a las que se quieren para el sistema de intercambio de créditos de compensación medioambiental. Sin embargo, no resulta trasladable al ámbito que aquí se trata, por cuanto aquí la unidad de medida es homogénea —toneladas de CO₂— y el destino de ese gas es la atmósfera terrestre, no existiendo paralelo en el campo de los bancos de hábitats⁵³. La compensación puede adoptar diversas acciones, al tratarse de un concepto multívoco y hondamente vinculado al trabajo de evaluación del impacto medioambiental de una actividad⁵⁴.

D) La necesaria presencia del factor tiempo: uno de los puntos esenciales del diseño de un sistema de compensación de créditos medioambientales es el análisis de la influencia del aspecto temporal en las operaciones de compensación, la cual se concreta en dos aspectos, uno biológico y otro económico⁵⁵:

- a) Dimensión biológica: otro de los grandes problemas que plantea el establecimiento de un sistema de medida viene dado por la existencia de un desfase entre el perjuicio producido y la compensación planteada. Los procesos de recuperación, restauración o creación de hábitats precisan de un tiempo para su ejecución, que en muchas ocasiones excede la escala humana. En no pocos casos, los procesos que supusieron la configuración de determinadas zonas de biodiversidad no se pueden repetir. Consecuentemente, el sistema plantea en muchos casos el intercambio entre un mal presente y real y un bien futuro e hipotético, lo que sirve de argumento para quienes no ven con buenos ojos la implantación de estos mecanismos⁵⁶.
- b) Dimensión económica: el desfase biológico plantea la necesidad de su reflejo en un mercado que sirva verdaderamente al objetivo último que es, no lo olvidemos, la ausencia de pérdida neta de biodiversidad. Los créditos son un medio para la obtención de un fin, no un fin en sí mismos. Por tal motivo, la introducción de un sistema bancario permite la posibilidad de que los créditos antecedan a los daños que han de compensar, estableciendo una distinción entre *banking* y *offsetting*, a la vez que abre la puerta a un mercado rentable. Esta estrategia tiene sus riesgos, pues no excluye la posibilidad de que el beneficio futurible quede malogrado⁵⁷. Con el fin de conjurar este peligro, cada sistema admite salvaguardas que refuercen la meta y su consecución, como la suscripción de seguros por parte del propietario o titular de derechos de goce inmobiliario que actúe como emisor o la entrega de las cantidades dinerarias a un *trust* que deba destinarlos al objetivo compensador. Sin embargo, estas garantías adicionales pueden disuadir a los propietarios, que ven que el potencial beneficio se pospone o se debe arrostrar con otras cargas que hagan más gravosa su participación en este mercado. En este punto es necesario mencionar que la fiscalización pública es un requisito presente en muchos modelos, de manera que la emisión o generación de créditos compensatorios no está al alcance de cualquier titular de derechos de goce.

E) La incertidumbre del beneficio: la ineludible presencia del factor temporal y el concreto desfase entre perjuicio y compensación aporta otro dato esencial: la garantía de que, finalmente, se consiga el objetivo de ausencia de pérdida neta de patrimonio natural no existe⁵⁸. Muchos son los factores que pueden influir para que el anhelo se troque en fracaso, siendo el más importante de ellos que la actividad de compensación no prospere o bien que en el balance

final el beneficio obtenido sea inferior a la pérdida producida, en el sentido de que los hábitats restaurados, recuperados o creados sean de inferior valor desde la perspectiva de la biodiversidad⁵⁹. El resultado negativo puede deberse a todo tipo de factores, mas, incluso en situaciones de equilibrio o de balance positivo, cabe preguntarse si un hábitat recreado tiene un valor equiparable al de un hábitat original⁶⁰. Los tiempos de creación se miden por escalas que superan los periodos que son humanamente concebibles⁶¹, lo que implica que no todos los ecosistemas sean susceptibles de entrar en este juego⁶².

Por otra parte, el análisis de las experiencias precedentes en la materia no arroja claridad ni despeja dudas. La opacidad de los sistemas se ve acompañada por afirmaciones que ponen en cuestión la eficacia real de los presuntos casos de éxito. Esta situación es la que explica el hecho de que la implantación de estos sistemas esté en una perenne controversia⁶³.

F) La necesidad de controles y fiscalización públicos: La principal enseñanza de las prácticas existentes en este campo, así como los modelos que se han ido proponiendo a lo largo del tiempo, imponen igualmente la necesidad de que existan mecanismos que ejerzan la guardia y monitorización de los proyectos en los que se produce la generación de créditos y su adquisición, así como su empleo compensador. La existencia de un lapso temporal importante entre perjuicio y compensación implica la exigencia de herramientas que permitan controlar el desarrollo de los proyectos de conservación, restauración, recuperación y creación a los que se vincula la generación de proyectos⁶⁴.

III. LOS BANCOS DE HÁBITAT EN EL DERECHO ESPAÑOL: LOS BANCOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

1. EL PATRIMONIO NATURAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Para empezar, hay que indicar que la vigente Carta Magna introduce su preocupación por el medioambiente en el artículo 45. Este interés medioambiental se ha manifestado a nivel legislativo en diversos cuerpos normativos⁶⁵ pero, para lo que aquí interesa, hay que hacer referencia a tres textos legales donde, progresivamente, se van sentando las bases para la introducción de los bancos de conservación de la naturaleza en el Derecho español.

2. LA LEY 42 / 2007, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD

Este cuerpo normativo desarrolla el mandato constitucional estableciendo, como reza en su preámbulo, el régimen jurídico básico de la conservación, uso

sostenible, mejora y restauración del patrimonio natural y de la biodiversidad española⁶⁶. El objetivo principal es la consecución de una gestión presente de los recursos naturales, sin merma para las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras.

Los principios rectores de la normativa se hallan regulados en el artículo 2 y se organizan en dos grupos:

A) Principios derivados del patrimonio natural desde una perspectiva estática:

- a) Mantenimiento de los procesos ecológicos esenciales y de los sistemas vitales básicos.
- b) Preservación de la diversidad biológica, genética, de poblaciones y de especies.
- c) Preservación de la variedad, singularidad y belleza de los ecosistemas naturales, de la diversidad geológica y del paisaje.

B) Principios derivados del patrimonio natural desde una perspectiva dinámica:

- a) Prevalencia de la protección ambiental sobre la ordenación territorial.
- b) Incorporación del principio de precaución en las intervenciones que puedan afectar a espacios naturales.
- c) Impulso de los procesos que fomenten un desarrollo sostenible.
- d) Garantía de la información y la participación ciudadana en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

Observando este catálogo, hay que llamar la atención sobre la invocación a la participación social ya que, a través de la implicación de la ciudadanía, se abre la puerta a mecanismos que fomenten la actuación desde el sector privado en la protección, conservación y recuperación del patrimonio natural. Como indica el legislador en el preámbulo de la norma, se introduce la preferencia de los acuerdos con la propiedad privada para la gestión de espacios naturales protegidos y especies amenazadas. Fruto de esta elección aparecen en el articulado dos figuras que manifiestan la apuesta por esa línea de fomento de la participación privada:

1.º La custodia del territorio, definida en el artículo 3.9 como *conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos*. Este modelo de actuación es referido más adelante en los artículos 76 y 77 como instrumento a promover e incentivar.

2.º Los bancos de conservación de la naturaleza: referidos, sin mayor desarrollo, en el artículo 15.3. Hay que tener en cuenta que este precepto fue objeto de profunda modificación por parte de la Ley 33/2015, de 21 de septiembre, por la que se modifica la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, siendo en ella donde se introduce la referencia⁶⁷.

Aquí encontramos la primera referencia al concepto objeto de estudio, pero para continuar con su análisis es necesario avanzar hacia otro cuerpo normativo, llamado a desarrollar la presente Ley.

3. EL REAL DECRETO 1274/2011, DE 16 DE SEPTIEMBRE, POR EL QUE SE APRUEBA EL PLAN ESTRATÉGICO DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD 2011-2017, EN APLICACIÓN DE LA LEY 42/2007, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL PATRIMONIO NATURAL Y DE LA BIODIVERSIDAD

Esta norma reglamentaria, que introduce el Plan estratégico que la intitula para el sexenio 2011-2017, incluye a su vez varios elementos de interés para el presente trabajo. El principio es el principio combinado de acción-responsabilidad privadas. El sector particular ha de compartir los trabajos de protección del patrimonio natural, ya que, de forma directa o indirecta, va a beneficiarse de la riqueza que supone la biodiversidad. Esta implicación enlaza con la idea de que los acuerdos, en tanto que fruto de la autonomía de la voluntad, son aceptados de mejor grado que la intervención pública.

En su catálogo de metas y objetivos, el Real Decreto introduce de nuevo la referencia a las dos figuras planteadas en la Ley de Patrimonio Natural y la Biodiversidad, como herramientas para el fomento de la acción privada en la protección de la riqueza ecológica nacional:

1.º Meta 5: Promover la participación de la sociedad. Objetivo 5.1: Promoción de la custodia del territorio.

2.º Meta 8: Movilizar los recursos de todas las fuentes, para alcanzar los objetivos de conservación de la biodiversidad. Objetivo 8.1.5: Promover el uso de mecanismos innovadores. Objetivo 8.1.7: Estudiar, si procede, la puesta en marcha de bancos de biodiversidad.

Esta mención de los Bancos como mecanismo de financiación ha de verse desde la óptica de los postulados vertidos en la introducción del propio Real Decreto y de las referencias que se hacen en los mismos a aquellos. Partiendo de la premisa de la insuficiencia de recursos para abordar las tareas necesarias para la consecución de los objetivos marcados, se hace referencia a la existencia de estas herramientas de compensación y a las experiencias con las mismas en otros países. De la lectura del propio texto reglamentario puede deducirse una visión claramente favorable a la figura, aunque supedita su introducción a

un estudio que, por lo que cabe colegir, ha desembocado en el siguiente texto normativo a tratar.

4. LA LEY 21/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

Por último, la Ley de Evaluación Ambiental introduce, por fin, la figura, a través de la denominación de Bancos de conservación de la naturaleza. La regulación se concreta únicamente en la Disposición Adicional Octava, dejando para un ulterior desarrollo reglamentario su configuración. Sobre esta premisa, el precepto establece los siguientes aspectos generales:

- 1.º Definición (disposición adicional 8.ª.1)⁶⁸
- 2.º Creación (disposición adicional 8.ª.2)
- 3.º Deber de conservación (disposición adicional 8.ª.3 en su párrafo primero)
- 4.º Limitación dominical (disposición adicional 8.ª.3 en su párrafo segundo)
- 5.º Contenido de los créditos de conservación (disposición adicional 8.ª.4)
- 6.º Principio de libre mercado para el comercio crediticio (disposición adicional 8.ª.5)
- 7.º Remisión respecto del régimen sancionador a la Ley de Patrimonio Nacional y Biodiversidad (disposición adicional 8.ª.6)
- 8.º Remisión al ámbito reglamentario para el régimen general, organización funcionamiento y criterios técnicos (disposición adicional 8.ª.7)

A día de hoy —al menos hasta el momento en el que escribo estas líneas— el desarrollo reglamentario no se ha concluido, en buena medida porque las controversias en torno a la figura —tanto conceptual como configurativamente— se han trasladado al debate que ha acompañado el proceso de elaboración de dicha normativa.

5. LA INCERTIDUMBRE DE LOS BANCOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

El análisis de los cuerpos normativos precedentes indica que el legislador español ha decidido dar una oportunidad a los bancos de hábitats, por razones coincidentes a las esgrimidas en el ámbito comparado —potencial, posibilidad de obtención de recursos y existencia de precedentes de pretendido éxito—. Sin embargo, la incerteza de su regulación reglamentaria ha arrojado más leña al debate entre defensores y escépticos, replicando en España la discusión vigente entre estos colectivos en otros países. La futurible existencia de una norma positiva y, más importante, los resultados de su aplicación serán los datos que permitan valorar la eficacia de la figura y el acierto de su configuración, aún por descubrir⁶⁹.

IV. EL PAPEL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA REGULACIÓN DE LOS BANCOS DE PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA

1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD EN LA LEY DE EVALUACIÓN AMBIENTAL

De la lectura de la disposición adicional octava de la Ley de Evaluación Ambiental puede deducirse claramente que el legislador patrio decidió derivar la mayor parte del trabajo de elaboración de la regulación de los Bancos de conservación de la naturaleza a un posterior reglamento que desarrollara el texto legal. Pese a su extensión, el precepto contenido en la citada disposición presenta más incógnitas que seguridades, en la medida en que queda más patente el qué —definitivamente, se hace una apuesta por la figura crediticia de hábitats— mas no el cómo.

No obstante, sí puede tenerse en cuenta que la norma establece unas pautas generales, las cuales se pueden resumir en los siguientes puntos:

Primero. Los Bancos de conservación de la naturaleza son un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación que otorga el Ministerio competente en materia de medioambiente, o bien, las Comunidades Autónomas. Dichos títulos o créditos han de representar valores naturales creados o mejorados.

Segundo. Los Bancos son creados por instituciones jurídico-públicas, como el citado Ministerio o los organismos autonómicos correspondientes. En la resolución constitutiva han de constar los siguientes datos:

- A) Actuaciones realizadas en las fincas que indiquen la producción o mejora de los valores naturales de las mismas.
- B) Referencias catastral y, en su caso, registral.
- C) Atribución del número de créditos de conservación a quienes ostenten la titularidad de los inmuebles vinculados al banco de conservación.

Tercero. Las personas que ostenten la titularidad de los terrenos afectados por los bancos deberán conservar —¿obligación? ¿carga?— los valores naturales creados o mejorados, por lo que los inmuebles solo podrán destinarse a usos que sean compatibles con los mismos y conforme a los designios de la resolución creadora de cada banco.

Cuarto. La limitación al derecho dominical se hará constar en el Registro de la Propiedad, en el correspondiente folio o folios relativos a las fincas vinculadas al banco. Para ello, bastará como título de acceso para la práctica de la inscripción el certificado administrativo de registro de la finca en el correspondiente banco de conservación de la naturaleza.

Quinto. Los créditos podrán consistir en las medidas compensatorias o complementarias previstas en la legislación vigente, con el objetivo de equilibrar los efectos negativos ocasionados a un valor natural, bien en el mismo

lugar, bien en otro diferente, lo que lleva a la lógica pregunta de los límites de esa diferencia.

De la enumeración anterior pueden deducirse, a su vez, algunas conclusiones:

Primera. El legislador español apunta hacia un sistema en el que la creación crediticia es realizada por el poder público, tanto estatal como autonómico, ya que corresponde a este la potestad para resolver la constitución de los bancos de conservación de la naturaleza a los que los créditos se vinculan y de los que se derivan.

Segunda. La vinculación de los terrenos a los proyectos de constitución de bancos de conservación de la naturaleza implica una limitación del derecho de propiedad que recae sobre los bienes inmuebles afectados, pero la referencia genérica a «titular» que utiliza el legislador apunta a que la hipótesis de que titulares de otros derechos de goce —tanto reales como personales— puedan promover la creación de estos bancos, siempre dentro de los márgenes de la naturaleza limitada en cuanto a contenido y tiempo de los mismos.

Tercera. El papel del Registro de la Propiedad es el de recoger la limitación del derecho de propiedad que se deriva de la supeditación de la finca al proyecto bancario conservador, dando publicidad *erga omnes* de esa restricción, que refleja tanto el vínculo como la implicación de los límites en cuanto al goce de la finca.

Cuarta. Los créditos hacen referencia a medidas de actuación, lo que apuntaría hacia una exclusión implícita de actuaciones de compensación meramente monetaria —constantemente mencionadas a la hora de tratar los riesgos de una mercantilización excesiva de la protección medioambiental—. También podrán ser objeto de transmisión y de adquisición en régimen de libre mercado.

Una vez más, hay que recalcar el hecho de que la parquedad del precepto en cuanto a sus contenidos deja abiertas muchas incógnitas, que solo la anunciada norma reglamentaria de desarrollo podría despejar. Especial interés generan aspectos de importancia como los criterios técnicos que determinan la viabilidad del proyecto bancario o los límites de la diferencia entre los lugares afectado y efecto de la compensación. Estas dudas son las mismas que se han planteado en el ámbito comparado y son las que, como se ha indicado, alimentan la controversia entre defensores y escépticos de este instrumento en sus múltiples variantes.

Por lo que se refiere a la cuestión hipotecaria, puede comprobarse que la función del Registro de la Propiedad se circunscribe a la publicidad del destino de la finca o fincas correspondientes a un banco de conservación de la naturaleza, con las consecuentes limitaciones dominicales y de goce sobre su destino. La expresión «*se hará constar*» empleada en el precepto permite inducir que se trata de una inscripción declarativa en la que se da efecto *erga omnes* a la restricción que justifica la generación de unos créditos, los cuales han de servir a

su titular para obtener recursos con los que dar mantenimiento al bien objeto de su derecho y, de paso, aumentar el valor del mismo desde el punto de vista del patrimonio natural, implicándole de paso en la protección del medio ambiente.

2. PROPUESTA DEL COLEGIO REGISTRAL DE UN DERECHO REAL LIMITADO DE CONSERVACIÓN MEDIOAMBIENTAL

La regulación planteada en la Ley de Evaluación Ambiental y la anunciada en los borradores reglamentarios de desarrollo halló con relativa prontitud una respuesta en el ámbito de la doctrina registral. Concretamente (VÁZQUEZ ASENJO, 2014, 2)⁷⁰ se citan dos aspectos cuestionables de la figura esbozada en la normativa vigente y en su presumible adenda:

En primer lugar, el hecho de haber trasladado una figura de origen *sajón* al Derecho interno, sin plantearse las diferencias entre los sistemas de Derecho anglosajón y de Derecho continental⁷¹.

En segundo lugar, el hecho de que se recalque el efecto limitador que sobre el derecho de propiedad tiene el establecimiento de un banco de conservación sobre la finca objeto de aquel, al entender que con ello se daba una percepción negativa por parte de los titulares de los derechos de goce afectados. Con ello, se diluía el factor positivo del aporte de recursos para el mantenimiento de dichos derechos y del aumento del valor de la finca desde un punto de vista medioambiental.

Como alternativa a esta situación, se propone desde la institución colegial registral la creación de una figura jurídico-real limitada, basada en la actual concepción del derecho de propiedad y en los valores propios del Derecho ambiental: el derecho real de conservación ambiental.

El punto de partida de esta figura propuesta es la afirmación de que el derecho de propiedad ya no puede considerarse en los términos absolutos del dominio quirritario de antaño, sino que la multiplicidad de regímenes aplicables a la titularidad dominical hace que, en la práctica, el titular de un derecho de propiedad ostente solo aquellas facultades que le otorga o que no le ha retirado la ley⁷².

A continuación, la propuesta de *lege ferenda* separa del contenido del derecho de propiedad los valores naturales existentes en el bien inmueble, al considerarlos ajenos al mismo. Dichos activos necesitan vincularse a un territorio, pero son elementos inmobiliarios que gozan de individualidad e independencia respecto de aquel. Son cualidades del terreno, mas su titularidad corresponde a la propia sociedad⁷³.

Sobre estas premisas se diseña un derecho real limitado cuyas características principales son las siguientes⁷⁴:

Primera. Su naturaleza es mixta, por cuanto es a la vez derecho subjetivo y carga que recae sobre su titular. El goce sobre los valores medioambientales lleva aparejada la tarea de conservarlos, recuperarlos y mejorarlos.

Segunda. El objeto del derecho es de naturaleza compleja, ya que vincula a un bien inmueble, pero a través de los valores ambientales que existen en el mismo, siendo sobre ellos que recae verdaderamente la característica de ser objeto del derecho real⁷⁵. Esta disociación convierte a la riqueza medioambiental en un bien de difícil incardinación dentro de la clasificación tradicional de los mismos. En este escenario no son cosas inmuebles ni cosas muebles, relacionándose más con la categoría de los bienes intangibles.

Tercera. La distinción entre las fincas y sus valores ambientales justifica la aparente afora de que pueda existir un derecho real limitado en cosa propia, al entender que el propietario podría ser también titular del derecho de conservación ambiental, pues este recaería en cosa ajena, como es un concreto aspecto territorialmente definido del patrimonio natural.

Cuarta. El derecho plantea unas reglas de funcionamiento de cierta complejidad, por cuanto trascienden la idea clásica relativa a los derechos reales. Al vincular el objeto de su derecho a un proyecto de banco de conservación de la naturaleza, el titular correspondiente recibe a su vez la titularidad del derecho real de conservación medioambiental, que le permite el acceso a los valores naturales de la finca y operar en el mercado con los créditos de conservación obtenidos. Con ello obtiene recursos con los que mantener e incluso revalorizar el patrimonio medioambiental del inmueble, aumentando su riqueza y contribuyendo, en definitiva, a la gestión activa y positiva del medioambiente.

Quinta. La naturaleza jurídico-real abriría la puerta del Registro de la Propiedad a este derecho, convirtiendo a la institución hipotecaria en una salvaguarda para garantizar la efectividad de los bancos de protección de la naturaleza. La autonomía del objeto del derecho y la singularidad del mismo no niegan la definición clásica de los *iura in re* como derechos oponibles *erga omnes* y la plenitud de esa característica por medio de la publicidad registral.

La propuesta de derecho real que se ha planteado supone un ejercicio de abstracción conceptual de cierta complejidad, a la par que un intento bastante elegante de adaptar una figura del ámbito comparado al Derecho propio. No obstante, su viabilidad dependerá en la práctica de la capacidad que exista para ir más allá de las ideas tradicionales de la propiedad, en la medida en la que la percepción y la comprensión en torno a la dualidad finca, valores naturales sean las adecuadas. A esto debe añadirse que esta propuesta no termina de dar una respuesta tranquilizadora a la problemática común a las instituciones comparadas en los apartados precedentes: la incertidumbre del beneficio futuro. Las acciones que, dentro del contenido de un derecho subjetivo, conforman el brazo ejecutor del mismo, pueden resultar pragmáticamente ineficaces si no hay una seguridad económica para hacer efectivo el cumplimiento del objetivo

final. El extremo del ya mentado peligro de que estos bancos abran la puerta al pago como contrapartida para la contaminación, se encuentra en la posibilidad de que estas deudas queden definitivamente impagadas.

Paradójicamente, la propuesta registral que buscaba el ajuste de una figura anglosajona a un ordenamiento del sistema continental, acaba evocando el esquema de la institución más emblemática del *Common Law*: el *trust*. La versátil figura anglosajona se basa en un modelo de propiedad —el de los Derechos germánicos— donde la ausencia de unicidad permite varios aprovechamientos diferenciados o lo que es lo mismo, distintos derechos de propiedad sobre un mismo bien⁷⁶. De hecho, los *trusts of lands* han sido empleados para dar una cobertura jurídica a los bancos de tierras en los países del *Common Law*. Sin embargo, la propia dificultad de su aprehensión conceptual desde la óptica del Derecho continental, debe llamar la atención sobre los riesgos que supone un cambio paradigmático como el que se recoge en la propuesta del colectivo registral.

Sin embargo, esta configuración jurídica no resuelve aspectos prácticos del funcionamiento de los bancos de hábitats, como el hecho de la incertidumbre sobre el beneficio futuro respecto de la realidad del perjuicio presente. En este derecho, como en la experiencia comparada, la vigilancia y la fiscalización de los resultados prácticos de los proyectos a los que se vinculen los bancos de conservación constituirán herramientas cruciales para valorar el éxito o el fracaso de la empresa y si estos son coyunturales o sistémicos.

V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se ha hecho repaso del concepto, experiencias y progreso —aún inconcluso— de introducción de los bancos de hábitats en el Derecho español:

I. Sobre la premisa de la conservación medioambiental como parte de las medidas necesarias para frenar la pérdida de biodiversidad y garantizar a medio plazo nuestra supervivencia como especie, los bancos de conservación de la naturaleza parecen alzarse con una posibilidad deseable en el marco de unas reglas donde los resultados óptimos pasarían por la ausencia de pérdida neta de variedad biológica. Sin embargo, la dificultad práctica de este objetivo y la necesidad de implicar a los sectores privados en la defensa medioambiental han abierto la puerta a esta herramienta que introduce mecanismos de mercado a la tarea de conservar y, si fuere posible, incrementar el patrimonio natural.

II. El carácter comercial de estos instrumentos abre la puerta a áreas de negocio, al incremento de los recursos para la defensa del medio ambiente y a la obtención de rendimientos por parte de los titulares de derechos de propiedad sobre las tierras con valor medioambiental, pero también al riesgo de que la

naturaleza acabe siendo objeto de especulación. Las experiencias existentes en la materia no han terminado de arrojar un resultado que permita concluir que ese peligro ha sido conjurado.

III. La regulación en la materia que se adopte en el Derecho español ha de tener en cuenta las luces y sombras de los precedentes comparados. La opción de un derecho real como instrumento configurador y canalizador de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico es deseable, en la medida en que es una adaptación auténtica y no una mera traslación acrítica del original anglosajón. Sin embargo, su efectividad en la praxis y siempre hablando desde un punto de vista jurídico, quizá requiera de un cambio de paradigma en cuanto a la concepción de los derechos reales en nuestro Derecho Civil.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AFFOLDER, N. (2013). Beyond law as tools: foreign investment projects and the contractualisation of environmental protection. En: P. M. DUPUY and J. E. VIÑALES, (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, 355-382.
- ÁLVAREZ GARCÍA, D. y GONZÁLEZ ALCALDE, I. (2012). Bancos de hábitat, una solución de futuro. *Eco@csa, Reserva de Biodiversidad*. Madrid, 1-42.
- BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico. *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 133-165.
- BERGKAMP, L.; HERBATSCHKEK, N. and JAYANTI, S. (2013). Financial security and insurance. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 118-138.
- BERGKAMP, L. and VAN BERGEIJK, A. (2013). Scope of the ELD regime. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 51-79.
- (2013). Exceptions and defences. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 80-94.
- BERGKAMP, L. and VAN WESEMBEECK, C. (2013). Procedures under member State Law implementing the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 160-180.
- BIGHAM, G. N.; GARD, N. W.; MONTI, C. and POZZI, C. (2013). The remediation regimes, En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 95-117.
- BONNIE, R. (1999). Endangered species mitigation banking: promoting recovery through habitat conservation planning under the Endangered Species Act. *The Science of the Total Environment*, 240, 11-19.
- BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD, En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 31-50.

- BRIGGS, B. D. J.; HILL, D. A. and GILLESPIE, R. (2009). Habitat banking, how it could work in the UK. *Journal for Nature Conservation*, 17, 2009, 112-122.
- BULL, J. W.; SUTTLE, K. B.; GORDON, A.; SINGH, N. J. and MILNER-GULLAND, E. J. (2013). Biodiversity offsets in theory and practice. *Fauna & Flora International*, 47 (3), 360-380.
- CAPOTE PÉREZ, L. J. (2007). Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre, 59-80.
- (2009). *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2014). La lucha contra el cambio climático en el Derecho español: el ejemplo de la legislación de costas, En: J. C. SANTAMARTA CEREZAL, L. E. HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ y M. P. ARRAIZA BERMÚDEZ-CAÑETE (eds.): *Natural Hazards & Climate Change / Riesgos Naturales y Cambio Climático*, La Laguna: Colegio de Ingenieros de Montes, 199-208.
- DARBI, M.; OHLENBURG, H.; HERBERG, A.; WENDE, W.; SKAMBRACKS, D. & HERBERT, M. (2009). *International Approaches to Compensation for Impacts in Biological Diversity. Final Report*, Berlin:, Leibniz Institute of Ecological and Regional Development. Berlin University of Technology (TUB), Institute for Landscape Architecture and Environmental Planning.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (coord.); MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. (2014). *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, cuarta edición. Madrid: Colex.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, séptima edición. Madrid: Editorial Tecnos.
- DOUMENQ, M. (2006), La transposition en Droit français de la Directive Habitat, En: AA. VV.: *Le droit a la mesure de l'homme. Melanges en l'honneur de Philippe Leger*, Paris: Editions A. Pedone, 13, rue Soufflot, 2006, 143-150.
- DUPUY, P. M. (2013), International environmental law: looking at the particulo to shape the future, En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.): *Harnesing Foreing Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 9-23.
- DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (2013) Introductory observations, En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.): *Harnesing Foreing Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 1-9.
- ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, A. (2014). Los bancos de conservación, *Foresta*. núm. 60, 26-35.
- FIRGER, D. M. (2013). The potential on international climate change law to mobilise low-carbon foreign direct investment. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnesing Foreing Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 176-205.
- FRANCIONI, F. (2013). The private sector and the challenge of implementation, En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.): *Harnesing Foreing Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 24-49.

- GARD, N. W. and DESVOUSGES, W. H. (2013). Technical and economic issues and practices in ELD application. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 220-249.
- GRAY, K & FRANCIS GRAY, S. (2001). *Elements of Land Law*, Third Edition. London, Edinburgh, Dublin: Butterworths.
- HANNIS, M. and SULLIVAN, S. (2012). Offsetting Nature? Habitat Banking and Biodiversity Offsets in the English Land Use Planning System. *The Land*, 1-17.
- HOUGH, P. and ROBERTSON, M. (2009). Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means. *Wetlands Ecol Manage*, 17, 15-33.
- JACKSON, A. L. R. (2011). Renewable energy vs. biodiversity: Policy conflicts and the future of nature conservation. *Global Environmental Change*, 21, 1195-1208.
- JONES, J. and PALMER, W. (1997). Trusts Of Land And Appointment Of Trustees Act 1996. *Web Journal of Current Legal Issues*. [En línea], disponible en: <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/1997/issue1/jones1.html>
- KRÄMER, L. (2009). The European Commission's Opinions under Article 6 (4) of the Habitats Directive. *Journal of Environmental Law*, 21: 1, 59-85.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales, volumen primero, posesión y propiedad*, tercera edición, revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano. Madrid: Dykinson.
- LANGER, M. J. (2013). Key instruments of private environmental finance: funds, Project finance and market mechanism. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 131-175.
- LASARTE, C. (2013). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho civil IV*, décima edición. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- LUTERBACHER, U. (2013). The political environment of environmental law. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 50-67.
- MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place.
- MEGARRY, S. R. and THOMPSON, M. P. (1993). *A Manual of the Law of Real Property*, Seventh Edition. London: Sweet & Maxwell Limited.
- MOILANEN, A; VAN TEEFFELÉN, A. J. A.; BEN-HAIM, Y. and FERRIER, S. (2009). How much compensation is enough? A framework for incorporating uncertainty and time discounting when calculating offset ratios for impacted habitats. *Restoration Ecology, the Journal of the Society for Ecological Restoration International*, vol. 17, núm. 4, July, 470-478.
- MONTIEL MOLINA, C. (2007). Cultural heritage, sustainable forest management and property in inland Spain. *Forest Ecology and Management*, 249, 80-90.
- MORRIS, R. K. A.; ALONSO, I.; JEFFERSON, R. G.; KIRBY, K. J. (2006). The creation of compensatory habitat, Can it secure sustainable development? *Journal for Nature Conservation*, 14, 106-116.

- MULLERAT, R. (2005). The global responsibility of Business. En: MULLERAT, R. (ed.), *Corporate social responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*, London: Kluwer Law International and International Bar Association, 3-30.
- OZDEMIROGLU, E.; KRISTÖM, B.; COLE, S.; RIERA, P. and BORREGO, D. A. (2009). *Environmental Liability Directive and the use of economics in compensation, offsets and habitat banking*. REMEDE (Resource Equivalency Methods for Assessing Environmental Damage in Europe).
- PAVONI, R. (2013). Channeling investment into biodiversity conservation: ABS and PES schemes. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnesing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 206-227.
- PEARCE, R. A. and STEVENS, J. (1995). *The Law of Trusts and Equitable Obligations*. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.
- PÉREZ-ÁLVARO, E. (2016). Climate changes and underwater cultural heritage: Impacts and challenges. *Journal of Cultural Heritage*, 21, 842-848.
- PETTIT, P. (1993). *Equity and the Law of Trusts*, Seventh Edition. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths.
- QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999.
- RIDDALL, J. G. (1996). *The Law of Trusts*, Fifth Edition. London, Dublin & Edinburgh: Butterworths.
- ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373.
- RODRÍGUEZ BEAS, M. (2016). Créditos de conservación de la naturaleza ¿mecanismo de mercado para especular o preservar la naturaleza? En: SANZ LARRUGA, F. y CASADO CASADO, L., *Derecho ambiental en tiempo de crisis: comunicaciones presentadas al Congreso de la RED ECOVER (La Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 177-188.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.; HERNÁNDEZ TORRES, E. y TRUJILLO CABRERA, C. (2014). Bancos de conservación de la naturaleza y Registro de la Propiedad. *Seminario «Tecnología y coordinación de la información geográfica-jurídica sobre la propiedad en España»*. Alicante, 27 de junio.
- SCOTT, A. W. And FRATCHER, W. F. (1987). *The Law of Trusts, Fourth Edition*, Volume I. Boston, Toronto: Little, Brown and Company.
- SHOOP, M. (2005). Corporate Social Responsibility and the Environment, Our Common Future. En: MULLERAT, R. (ed.), *Corporate social responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*, London: Kluwer Law International and International Bar Association, 159-182.
- STEVENS, J. & PEARCE, R. A. (2000). *Land Law*, Second Edition. London: Sweet & Maxwell.
- SYDENHAM, A. (1994). *Trusts in a nutshell*, Third Edition. London: Sweet & Maxwell.
- TEN KATE, K.; TREEWEK, J.; EKSTROM, J. (2010). *The use of market-based instruments for biodiversity protection. The case of habitat banking*. Berlin: EF-TEC, Institute for European Environmental Policy, Stratus Consulting, IUCN, T. U. Berlin.

- VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, 9-30.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014). Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza. *Congreso Nacional del Medioambiente*. Madrid.
- VERMEULEN, J. and WHITTEN, T. (1999). *Biodiversity and Cultural Property in the Management of Limestone Resources. Lessons from East Asia*. Washington D. C.: The World Bank.
- WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410.

NOTAS

¹ En el año 2005 se calculaba que el 40% de la economía global estaba basado en productos y procesos biológicos. Con este dato, queda patente que la necesidad de alcanzar esa meta, casi entelequia, del desarrollo sostenible es clave para nuestra propia supervivencia. En este sentido, *vid.* SHOOP, M. (2005). Corporate Social Responsibility and the Environment, Our Common Future. En: MULLERAT, R. (ed.), *Corporate social responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*, London: Kluwer Law International and International Bar Association, (159-182), 181.

² Esta definición es una adaptación de la planteada en MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, 2. El original dice lo siguiente: Mitigation Bank («bank») —a site, or suite of sites, where resources (e.g., wetlands, streams, habitat, species) are restored, established, enhanced and/or preserved for the purpose of providing compensatory mitigation for impacts. In general, a mitigation bank sells compensatory mitigation credits to developers whose obligation to provide compensatory mitigation is then transferred to the mitigation bank sponsor. Se ha utilizado la expresión «banco de conservación de la naturaleza» al ser la que ha introducido el legislador español.

³ MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, 1. Igualmente, habla de un ritmo de pérdida sin precedentes el preámbulo del Real Decreto 1274 / 2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la Ley 42/2017, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. De la misma manera, se menciona por parte de SHOOP a la hora de justificar la necesidad de que exista una verdadera responsabilidad social corporativa empresarial en el plano medioambiental. SHOOP, M. (2005). Corporate Social Responsibility and the Environment, Our Common Future. En: MULLERAT, R. (ed.), *Corporate social responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*, London: Kluwer Law International and International Bar Association, (159-182), 159. Una referencia a la traducción de esta aceleración en cuanto a número de especies extinguidas puede encontrarse en PAVONI, R. (2013). Channeling investment into biodiversity conservation: ABS and PES schemes. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (206-227), 207. Sobre la necesaria contribución de las empresas para la consecución de un medio ambiente más limpio y un desarrollo sostenible, *vid.* MULLERAT, R. (2005). The global responsibility of Business. En: MULLERAT, R. (ed.), *Corporate social responsibility. The Corporate Governance of*

the 21st Century, London: Kluwer Law International and International Bar Association, (3-30), 3 y 5. Por su parte, QUÉTIER y LAVOREL relacionan la pérdida de biodiversidad con la pérdida de hábitats, dato que es de interés de cara al desarrollo posterior de este trabajo. QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999, 2991. Sobre la creciente importancia de la influencia humana en el cambio climático como uno de los motores de la pérdida de diversidad, *vid.* JACKSON, A. L. R. (2011). Renewable energy vs. biodiversity: Policy conflicts and the future of nature conservation. *Global Environmental Change*, 21, 1195-1208.

⁴ La referencia a la utilidad de los bancos de conservación como alternativa a la falta de recursos y herramienta de búsqueda de recursos privados puede encontrarse en ÁLVAREZ GARCÍA, D. y GONZÁLEZ ALCALDE, I. (2012). Bancos de hábitat, una solución de futuro. *Eco@csa, Reserva de Biodiversidad*. Madrid, 1-42, 14; VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014). Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza. *Congreso Nacional del Medioambiente*. Madrid, 8; ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, A. (2014). Los bancos de conservación. *Foresta*, núm. 60, 26-35, 28; HANNIS, M. and SULLIVAN, S. (2012). Offsetting Nature? Habitat Banking and Biodiversity Offsets in the English Land Use Planning System. *The Land*, 1-17, 5.

⁵ De nuevo *vid.* ÁLVAREZ GARCÍA, D. y GONZÁLEZ ALCALDE, I. (2012). Bancos de hábitat, una solución de futuro. *Eco@csa, Reserva de Biodiversidad*. Madrid, 1-42, 14; VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014). Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza. *Congreso Nacional del Medioambiente*. Madrid, 7. También, WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410, 405.

⁶ En este sentido, *vid.* BONNIE, R. (1999). Endangered species mitigation banking: promoting recovery through habitat conservation planning under the Endangered Species Act. *The Science of the Total Environment*, 240, 11-19, 11.

⁷ Como recuerdan DUPUY y VIÑALES, el sector privado es el principal productor de bienes y servicios, pero también es el principal agente contaminador. DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. Introductory observations, En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (1-9), 1.

⁸ Esta afirmación, atribuida a GARRIGUES DÍAZ-CABAÑETE, puede encontrarse en otros ejemplos de traslación espacial de instituciones, como, por ejemplo, el *timesharing*. A título de ejemplo, véase CAPOTE PÉREZ, L. J. (2009). *El tiempo compartido en España. Un análisis de la fórmula club-trustee desde la perspectiva del Derecho español*. Valencia: Tirant lo Blanch, 189. Idéntica advertencia hace VÁZQUEZ ASENJO, a la hora de abordar el análisis del proceso de introducción de los bancos de conservación de la naturaleza en el ordenamiento jurídico patrio, advirtiendo sobre su origen sajón y sobre la inconveniencia de obviar las diferencias entre los sistemas del *Common Law* y del Derecho continental en este punto. VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014). Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza. *Congreso Nacional del Medioambiente*. Madrid, 2.

⁹ Para un tratamiento detallado de la cuestión terminológica en lengua inglesa véase BRIGGS, B. D. J.; HILL, D. A. and GILLESPIE, R. (2009). Habitat banking, how it could work in the UK. *Journal for Nature Conservation*, 17, 2009, 112-122, 113. Concretamente, indican que 'mitigation' refers to measures used to reduce adverse impacts, while 'compensation' refers to measures taken to offset or compensate for adverse impacts that cannot be fully mitigated. Ecologists and developers in the US (and occasionally in the UK) often use 'mitigate' to mean 'compensate', thus 'mitigation banks' should more accurately be described as 'compensation banks'. In other partícuclos of the world, the term 'offset' is also occasionally used in place of 'compensate'. In this document 'mitigation banks' or 'offsets' are described as 'habitat banks', and 'compensation' is used in place of the US meaning of 'mitigation'.

¹⁰ A título de ejemplo, *vid.* MOILANEN, A.; VAN TEEFFELEN, A. J. A.; BEN-HAIM, Y. and FERRIER, S. (2009). How much compensation is enough? A framework for incorporating uncertainty and time discounting when calculating offset ratios for impacted habitats. *Restoration Ecology, the Journal of the Society for Ecological Restoration International*, vol. 17, núm. 4, July, 470-478, 471. En este trabajo se explica que en la figura del *mitigation* o *conservation banking* los créditos son creados antes de que se produzca el daño que han de compensar, mientras que en la institución del *offset*, perjuicio y crédito de compensación surgen al mismo tiempo.

¹¹ Un extenso glosario de los términos que se pueden encontrar en la materia puede encontrarse en TEN KATE, K.; TREEWEK, J.; EKSTROM, J. (2010). *The use of market-based instruments for biodiversity protection. The case of habitat banking*. Berlin: EFTEC, Institute for European Environmental Policy, Stratus Consulting, IUCN, T. U. Berlin, 8 y sigs.

¹² Estas tres palabras y el significado conjunto de las mismas formaron parte de la retórica programática electoral en las elecciones presidenciales de 1988, cuando el entonces vicepresidente —y futuro presidente— George Bush las empleó para definir las bases de su política medioambiental. HOUGH, P. and ROBERTSON, M. (2009). Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means. *Wetlands Ecol Manage*, 17, 15-33, 25.

¹³ MOILANEN, A.; VAN TEEFFELEN, A. J. A.; BEN-HAIM, Y. and FERRIER, S. (2009). How much compensation is enough? A framework for incorporating uncertainty and time discounting when calculating offset ratios for impacted habitats. *Restoration Ecology, the Journal of the Society for Ecological Restoration International*, vol. 17, núm. 4, July, 470-478, 471.

¹⁴ Sobre la proliferación de esta medida durante la década siguiente, *vid.* ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 363.

¹⁵ Puede consultarse un repaso a la historia de la introducción y evolución de este mecanismo en los Estados Unidos a través de HOUGH, P. and ROBERTSON, M. (2009). Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means. *Wetlands Ecol Manage*, 17, 15-33.

¹⁶ BONNIE, R. (1999). Endangered species mitigation banking: promoting recovery through habitat conservation planning under the Endangered Species Act, *The Science of the Total Environment*, 240, 11-19, 11.

¹⁷ Esta contrapartida se rige por la máxima «quien aporta tiene derecho a cobrar por ello» que viene a ser una curiosa contrapartida de la regla de Derecho medioambiental «quien contamina tiene la obligación de pagar por ello».

¹⁸ MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, 7.

¹⁹ HANNIS, M. and SULLIVAN, S. (2012). Offsetting Nature? Habitat Banking and Biodiversity Offsets in the English Land Use Planning System. *The Land*, 1-17, 10 y 15. Un estudio en profundidad de la experiencia estadounidense puede encontrarse en ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373.

²⁰ Esta interdicción resalta otro de los aspectos relevantes de un sistema bancario de compensación bajo parámetros aceptables: los créditos son traducibles en su valor monetario —aspecto básico para su funcionamiento en régimen de libre mercado— pero no se trata meramente de dinero, sino de la inyección de recursos para la creación, recuperación, restauración y conservación del patrimonio natural. MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, 23.

²¹ Un breve análisis de la experiencia germana puede verse en QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and

solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999, 2994. Un análisis más profundo de la misma y de su funcionamiento puede verse DARBI, M.; OHLENBURG, H.; HERBERG, A.; WENDE, W.; SKAMBRACKS, D. & HERBERT, M. (2009). *International Approaches to Compensation for Impacts in Biological Diversity. Final Report*. Berlin.; Leibniz Institute of Ecological and Regional Development, Berlin University of Technology (TUB), Institute for Landscape Architecture and Environmental Planning, 25 y sigs.

²² Así como a otros países del *Common Law* donde se ha desarrollado el concepto, como Australia o Nueva Zelanda.

²³ MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, 24.

²⁴ Esta Directiva es el resultado de una serie de trabajos que abarcaron un periodo de dos décadas, empezando por la aparición del primer borrador de la norma y terminando con su entrada en vigor. Durante este tiempo, los periodos se aceleraron por causa de la producción de accidentes medioambientales de gran gravedad, como el del vertido de residuos tóxicos por la rotura de la presa de las minas de Aznalcóllar en 1997 o el hundimiento del petrolero *Erika* en 1999. Para una revisión de la historia de la elaboración, *vid.* VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 9-12.

²⁵ *Vid.*, el Considerando (1) de la Directiva. En este punto, hay que recordar que la Directiva complementa otras normas europeas en materia medioambiental donde no estaban presente reglas en materia de responsabilidad por contaminación, como las normas existentes en materia de aves silvestres —Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, codificada en la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres— o de hábitats —Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres—. También hay que tener en cuenta que en su seno se establecen salvedades respecto de algunos supuestos concretos de ataque medioambiental, como los relativos a la contaminación del suelo. Sobre esto, *vid.* BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD, en: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (31-50), 32 y 35.

²⁶ Para un estudio del funcionamiento de esta jerarquía y de su transposición al Derecho interno de los Estados miembros, puede consultarse BERGKAMP, L. and VAN WESEM-BEECK, C. (2013). Procedures under member State Law implementing the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (160-180), 165 y sigs.

²⁷ *Vid.*, el Considerando (2) de la Directiva. La aplicación de la regla de que quien contamina paga se plantea como excepcional y, dentro de ella, hay una preferencia por las medidas restauradora en detrimento de la compensación meramente dineraria. BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (31-50), 39 y 46.

²⁸ Esta regla aparece en el primer precepto de la Directiva, pues el Artículo 1 de la misma establece que *La presente Directiva tiene por objeto establecer un marco de responsabilidad medioambiental, basado en el principio de «quien contamina paga», para la prevención y la reparación de los daños medioambientales*. Aunque esta regla es un principio general del Derecho de la Unión Europea en materia medioambiental, es la primera vez que se introduce desde un punto de vista práctico y como uno de los ejes centrales de una política más proactiva en materia de protección del patrimonio natural. VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.): *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 26 y 30.

²⁹ *Vid.* el Considerando (3) de la Directiva. Esta consideración implica, por parte del legislador comunitario, la idea de que los problemas medioambientales son globales y que, consecuentemente, no es posible una estrategia para hacer frente a los desafíos en la materia que tenga como origen y límite el Estado. Sobre este particular, *vid.* DUPUY, P. M. (2013): *International environmental law: looking at the particulo to shape the future*. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnesing Foreing Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (9-23), 10. Volviendo a la propia Directiva, hay que indicar que la intención de que los mecanismos de protección contenidos en la misma fueran más allá de las fronteras de los Estados-miembro fue vista con suspicacia en el seno de estos últimos, que percibían que esta regulación redundaba en una pérdida de su soberanía. Este escepticismo se unía al del sector empresarial —que entendía que la introducción de reglas como la de internalización del gasto de prevención medioambiental supondría un sobrecoste de sus actividades— y a la del sector ecologista —que consideraba que la Unión Europea no había llegado lo suficientemente lejos, pese a sus ambiciosas premisas—. Sobre esto, *vid.*, VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 15 y 30. Un ejemplo de las múltiples controversias que se generaron durante el proceso de elaboración de la Directiva se encuentra en la forma de garantizar la efectividad del principio de que quien contamina paga, para los casos en los que el operador responsable no tuviere patrimonio suficiente para afrontar su responsabilidad. Así, las organizaciones no gubernamentales centradas en la defensa del medioambiente, exigieron que la normativa europea contuviera la imperativa contratación de seguros para hacer frente a los gastos de restauración y compensación. Esta medida fue rechazada —no sin cierto debate— por el legislador comunitario, que optó por requerir a los Estados miembro para que tomaran las medidas necesarias para fomentar el desarrollo de instrumentos que aseguraran la fortaleza financiera para afrontar la hipotética ejecución del principio de que quien contamina paga. Un análisis de este debate puede encontrarse en BERGKAMP, L.; HERBATSCHKEK, N. and JAYANTI, S. (2013). Financial security and insurance. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (118-138), 122.

³⁰ Las actividades que se consideran generadoras de ser sujeto pasivo del régimen de responsabilidad establecido en la Directiva son consideradas de ámbito profesional, dejando de lado aquellas que, sin tener tal naturaleza, sí son susceptibles de generar daño medioambiental. Una posible explicación de esta elección viene dada, según BERGKAMP y VAN BERGEIJK, por el hecho de que las entidades que se dedican profesionalmente a estas actividades cuentan con un activo patrimonial con el que hacer frente a las exigencias de internalización y restauración (*deep pockets*). BERGKAMP, L. and VAN BERGEIJK, A. (2013). Scope of the ELD regime. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (51-79), 55.

³¹ En este punto, la Directiva introduce un concepto de operador en su Artículo 2.6, definiendo a tal como *cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional o, cuando así lo disponga la legislación nacional, que ostente, por delegación, un poder económico determinante sobre el funcionamiento técnico de esa actividad, incluido el titular de un permiso o autorización para la misma, o la persona que registre o notifique tal actividad*. Estas actividades pueden desarrollarse en el seno de operaciones de naturaleza pública o privada, persigan o no beneficios y es su potencial efecto nocivo sobre el medioambiente lo que determina el principio de responsabilidad que la normativa europea establece sobre estos llamados operadores. Sobre este particular, *vid.* BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (31-50), 32 y 33. Una reflexión sobre los aspectos problemáticos de la aplicación práctica de esta definición puede encontrarse en BERGKAMP, L. and VAN BERGEIJK, A. (2013). Scope of the ELD regime. En: L. BERGKAMP & B.

J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (51-79), 52 a 54.

³² Este dato se deduce del Considerando (11) de la Directiva, que indica que su normativa tiene por objeto prevenir y reparar el daño medioambiental y no afecta a los derechos de compensación por daños tradicionales otorgados con arreglo a cualquiera de los acuerdos internacionales correspondientes que regulan la responsabilidad civil. Esta regla plantea para los Estados miembro la necesidad de adoptar las medidas necesarias para compaginar el funcionamiento de la normativa europea con la aplicación de las reglas propias del Derecho de Daños, en los casos en los que se producen perjuicios específicos respecto de personas y sus bienes a título particular. Sobre esto, puede verse BERGKAMP, L. and VAN WES-EMBEECK, C. (2013). Procedures under member State Law implementing the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (160-180), 174.

³³ Así se desprende del Considerando (14) de la Directiva, que establece que su normativa no se aplica a las lesiones causadas a las personas, a los daños causados a la propiedad privada o a ningún tipo de pérdida económica ni afecta a ningún derecho relativo a este tipo de daños. En idéntica línea, dice el artículo 3.3 que la presente Directiva no concederá a los particulares derechos de indemnización con motivo de daños medioambientales o de una amenaza inminente de los mismos. Como indican VAN CALSTER y REINS, la finalidad de la normativa contenida en la Directiva no es el establecimiento de un régimen especial de responsabilidad civil, sino de unas reglas de Derecho Administrativo para que las instituciones públicas aseguren el cumplimiento de la regla de que quien contamina paga. En ese sentido, su reino es de Derecho Público y no de Derecho Privado. VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 9-10.

³⁴ Tal se infiere del Considerando (13) de la Directiva, que establece que no es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que esta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales. De nuevo, vid. VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 9 y 10. También, BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (31-50), 37 y 38.

³⁵ De hecho, durante los trabajos de elaboración de la Directiva se estudiaron los mecanismos de compensación por daño medioambiental a través de la restauración de hábitats y del abono dinerario, enfatizándose el deseo de que un mercado de esas características se introdujera en el ámbito de la Unión Europea. VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 18. Por otra parte, se puede consultar el estudio de la viabilidad de los bancos de hábitats como herramienta de consecución de los fines de la directiva en OZDEMIROGLU, E.; KRISTÖM, B.; COLE, S.; RIERA, P. and BORREGO, D. A. (2009). *Environmental Liability Directive and the use of economics in compensation, offsets and habitat banking*. REMEDE (Resource Equivalency Methods for Assessing Environmental Damage in Europe).

³⁶ Así, hay que tener en cuenta que la regla general es la de la minimización de los riesgos medioambientales, de manera que solo cuando la prevención resulta insuficiente y fracasa —con la consecuente producción del daño— entra en juego la regla de que quien

contamina paga. VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 26.

³⁷ Para ilustrar esta controversia en profundidad *vid.* RODRÍGUEZ BEAS, M. (2016). Créditos de conservación de la naturaleza ¿mecanismo de mercado para especular o preservar la naturaleza? En: SANZ LARRUGA, F. y CASADO CASADO, L., *Derecho ambiental en tiempo de crisis: comunicaciones presentadas al Congreso de la RED ECOVER (La Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015)*, Valencia: Tirant lo Blanch, (177-188), 182. BULL. J. W.; SUTTLE, K. B.; GORDON, A.; SINGH, N. J. and MILNER-GULLAND, E. J. (2013). Biodiversity offsets in theory and practice. *Fauna & Flora International*, 47 (3), 360-380, 369. WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410, 404. BONNIE, R. (1999). Endangered species mitigation banking: promoting recovery through habitat conservation planning under the Endangered Species Act. *The Science of the Total Environment*, 240, 11-19, 11.

³⁸ MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, vii.

³⁹ La advertencia sobre la posibilidad de este efecto perverso se plantea en SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.; HERNÁNDEZ TORRES, E. y TRUJILLO CABRERA, C. (2014). Bancos de conservación de la naturaleza y Registro de la Propiedad. *Seminario «Tecnología y coordinación de la información geográfica-jurídica sobre la propiedad en España»*. Alicante, 27 de junio. El carácter complementario de este tipo de herramientas puede encontrarse especificado en PAVONI, R. (2013). Channeling investment into biodiversity conservation: ABS and PES schemes. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (206-227), 210. La necesidad de su excepcionalidad está expresada en QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999, 2991. Una serie de ejemplos en los cuales la regla principal de abstinencia ha de ser sustituida por las posteriores en proyectos que afectan a hábitats protegido por la Directiva aplicable en la materia, puede encontrarse en KRÄMER, L. (2009). The European Commission's Opinions under Article 6 (4) of the Habitats Directive. *Journal of Environmental Law*, 21: 1, 59-85, 68 y sigs. Este trabajo presenta el interés de comprobar qué criterios se utilizan para excepcionar la regla principal y el análisis crítico de las motivaciones y justificaciones de la Unión Europea para tomar este tipo de decisiones.

⁴⁰ Si se tiene en cuenta que la posibilidad de un mercado crediticio es uno de los puntos fuertes para su implantación, hay que pensar que sería muy problemática la implantación del mismo sin tener una unidad de medida sobre la cual se pueda operar. Solo con un sistema de magnitudes se podría investigar si efectivamente, es posible una ausencia neta de pérdida de biodiversidad. Sobre esto, *vid.* BULL. J. W.; SUTTLE, K. B.; GORDON, A.; SINGH, N. J. and MILNER-GULLAND, E. J. (2013). Biodiversity offsets in theory and practice. *Fauna & Flora International*, 47 (3), 360-380, 370.

⁴¹ Sobre las dificultades de medir y conceptualizar los daños en el ámbito medioambiental, puede encontrarse una interesante reflexión en BERGKAMP, L. AND VAN BERGHEIJK, A. (2013). Scope of the ELD regime. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (51-79), 56 y sigs. También, ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 362.

⁴² La relación entre estos conceptos se expresa claramente en la idea de que no se puede hablar seriamente de la protección de la biodiversidad sin tener en consideración los hábitats en los cuales la misma se desarrolla. Esta máxima, planteada respecto de la conservación de las

aves silvestres, se encuentra en DOUMENQ, M. (2006), La transposition en Droit français de la Directive Habitat, En: AA. VV.: *Le droit a la mesure de l'homme. Melanges en l'honneur de Philippe Leger*, Paris: Editions A. Pedone, 13, rue Soufflot, 2006, (143-150), 143.

⁴³ Como puede imaginarse, dentro de este concepto general entran ecosistemas muy diversos cuya medida también depende de sus propios ciclos. Sobre esto, *vid.* ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 369.

⁴⁴ La dimensión espacial ha de ser tenida en cuenta, pero en modo alguno es el único aspecto que ha de ser objeto de valoración. WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410, 408. Otro ejemplo de la complejidad de este asunto se encuentra en la prolija definición que la Directiva sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y la reparación de daños medioambientales introduce para conceptualizar el objeto de su protección, al referirse al nivel de conservación de un hábitat natural. Para un estudio de esta cuestión, *vid.* BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD, En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (31-50), 36.

⁴⁵ Hay que tener en cuenta que las fórmulas que se emplean en estas mediciones no pueden abarcar la biodiversidad en su totalidad. El uso del hábitat por encima del área es un avance, pero los parámetros a determinar son tan variados y diversos que bien podría decirse que la riqueza del patrimonio natural es inconmensurable. Sobre esto, *vid.* HANNIS, M. and SULLIVAN, S. (2012). Offsetting Nature? Habitat Banking and Biodiversity Offsets in the English Land Use Planning System. *The Land*, 1-17, 12.

⁴⁶ Para contemplar con detalle los aspectos de este problema, *vid.* MORRIS, R. K. A.; ALONSO, I.; JEFFERSON, R. G.; KIRBY, K. J. (2006). The creation of compensatory habitat, Can it secure sustainable development? *Journal for Nature Conservation*, 14, 106-116, 119. BULL, J. W.; SUTTLE, K. B.; GORDON, A.; SINGH, N. J. and MILNER-GULLAND, E. J. (2013). Biodiversity offsets in theory and practice. *Fauna & Flora International*, 47 (3), 360-380, 371.

⁴⁷ En este sentido, *vid.* BRIGGS, B. D. J.; HILL, D. A. and GILLESPIE, R. (2009). Habitat banking, how it could work in the UK. *Journal for Nature Conservation*, 17, 2009, 112-122, 115. La necesidad de datos fiables para el conocimiento del estado original del hábitat afectado, los efectos del daño producido en el mismo y la previsión de los efectos compensatorios, puede verse respecto de la normativa europea en GARD, N. W. and DESVOUSGES, W. H. (2013). Technical and economic issues and practices in ELD application, En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (220-249), 224 y sigs.

⁴⁸ Sobre esta premisa, véase WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410, 405. HANNIS, M. and SULLIVAN, S. (2012). Offsetting Nature? Habitat Banking and Biodiversity Offsets in the English Land Use Planning System. *The Land*, 1-17, 10. Este principio tiene a su lado otro, *like to better, like for better* o igual por mejor, en el que se admite la compensación cuando el esperable beneficio futuro se considera superior a la pérdida actual.

⁴⁹ En algunos casos, se llega más lejos y se afirma que el mercado es inevitable para que los bancos de hábitat fructifiquen y sean rentables, pues toda inversión requiere de incentivos. WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410, 407 y 409.

⁵⁰ Una vez más, es menester recordar que la existencia de un mercado de estas características es uno de los principales incentivos para promover la participación del sector privado —tanto en el ámbito de la titularidad de derechos de goce sobre bienes inmuebles

como en el de la producción y generación de contaminación— en la resolución de problemas medioambientales. Su potencial como vehículo para la movilización de recursos financieros con este fin es innegable. Sobre esto, *vid* FRANCONI, F. (2013). The private sector and the challenge of implementation. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (24-49), 25. También, sobre el mismo tema, LANGER, M. J. (2013). Key instruments of private environmental finance: funds, Project finance and market mechanism. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (131-175), 170 y 171. Sin embargo, la expresión más clara sobre el papel comercial de estas herramientas y la causa de su utilidad la expone PAVONI, al indicar que para que este tipo de mercados funcione es necesario que el sector privado perciba que puede aportarle beneficios o que, al menos, compense los costes medioambientales que genere su actividad. PAVONI, R. (2013). Channeling investment into biodiversity conservation: ABS and PES schemes. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (206-227), 208. Por otra parte, la proximidad —tanto geográfica como personal— ha sido una de las bazas de la difusión de los bancos de hábitats en Estados Unidos, si bien las entidades gestoras de bancos de hábitats prefieren una mayor amplitud, para garantizar la sustentabilidad del negocio. Sobre esto, *vid*. ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 364 y 370. En el mismo sentido, QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999, 2995. Un análisis de la necesidad de que existan conexiones entre las áreas de hábitat perdidas y las recuperadas, so pena de que el sistema de compensación adolezca de serias imperfecciones, puede verse en JACKSON, A. L. R. (2011). Renewable energy vs. biodiversity: Policy conflicts and the future of nature conservation. *Global Environmental Change*, 21, 1195-1208, 1204. Una referencia a la cercanía personal y espacial como fundamento de la confianza en el sistema bancario de hábitats puede encontrarse en HOUGH, P. and ROBERTSON, M. (2009). Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means. *Wetlands Ecol Manage*, 17, 15-33, 25.

⁵¹ HANNIS, M. and SULLIVAN, S. (2012). Offsetting Nature? Habitat Banking and Biodiversity Offsets in the English Land Use Planning System. *The Land*, 1-17, 6.

⁵² Una explicación del funcionamiento de los créditos de compensación en el ámbito del carbón puede encontrarse en FIRGER, D. M. (2013). The potential on international climate change law to mobilise low-carbon foreign direct investment. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (176-205), 181 y sigs. También AFFOLDER, N. (2013). Beyond law as tools: foreign investment projects and the contractualisation of environmental protection». En: P. M. DUPUY and J. E. VIÑALES, (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013 (355-382), 371-372. Sobre las dificultades de extender este sistema de medida a otros sectores del patrimonio natural, *vid*. ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 362.

⁵³ Sobre este particular, *vid*. WISSEL, S. and WÄTZOLD, F. (2010). A conceptual analysis of the application of tradable permits to biodiversity conservation. *Conservation Biology*, volume 24, núm. 2, 404-410, 406. VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014). Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza. *Congreso Nacional del Medioambiente*. Madrid, 10.

⁵⁴ ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, A. (2014). Los bancos de conservación. *Foresta*, núm. 60, 26-35, 26. La variedad de hábitats y de actuaciones para su

protección se ha traducido en una diversidad de créditos que, en el caso de Estados Unidos, supera la veintena, definida tanto por criterios de características del terreno como por actuaciones a desarrollar en los mismos. Sobre este punto, *vid.* MADSEN, B.; CARROLL, N.; MOORE BRANDS, K. (2010). *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*. Washington: Ecosystem Market Place, pg.12. Esta problemática también se plantea a nivel de la Unión Europea, pues la puesta en práctica del principio de que quien contamina paga, tiene como una de sus cuestiones principales cómo se valora el daño producido, cuál es exactamente este y, en último extremo, quién es el actor contaminante (algo que puede resultar complejo de dilucidar en los casos de contaminación difusa). VAN CALSTER, G. and REINS, L. (2013). The ELD'S background. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.): *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (9-30), 26. Para un análisis del concepto de polución difusa y de las dificultades para aplicar a los daños que genera criterios de compensación, *vid.* BERGKAMP, L. and VAN BERGEIJK, A. (2013). Exceptions and defences. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (80-94), 85 y 86. Para un análisis del rigor con el que se han planteado los requerimientos de compensación por daño medioambiental, *vid.* BIGHAM, G. N.; GARD, N. W.; MONTI, C. and POZZI, C. (2013). The remediation regimes, En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.): *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (95-117), 100. Los autores advierten de que la rigurosidad no ha sido generalmente excesiva, centrándose en criterios como los de superficie —en base al principio de igual por igual— y en la exigencia de que el área recuperada sea superior en dimensiones a la pérdida.

⁵⁵ Sobre esto, *vid.* MOILANEN, A; VAN TEEFFELLEN, A. J. A.; BEN-HAIM, Y. And FERRIER, S. (2009). How much compensation is enough? A framework for incorporating uncertainty and time discounting when calculating offset ratios for impacted habitats. *Restoration Ecology, the Journal of the Society for Ecological Restoration International*, vol. 17, núm. 4, July, 470-478, 471 y 472.

⁵⁶ Esta reflexión se encuentra también en el estudio la normativa europea que se ha analizado previamente, pues en la misma no se establece límite económico alguno, sino en la restauración de todos los daños que se hayan producido. En este punto, es esencial el recordatorio de que la recuperación de un hábitat hasta alcanzar su estado natural puede llevar mucho tiempo. Sobre esto, *vid.* BRANS, E. (2013). Fundamentals of liability for environmental harm under the ELD. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (31-50), 43. Por otra parte, hay que indicar aquí que la normativa europea impone también la asunción de los perjuicios que se produzcan durante el lapso temporal que medie entre el inicio de las actividades de compensación y la finalización de las mismas. En cuanto a esto, *vid.* BIGHAM, G. N.; GARD, N. W.; MONTI, C. and POZZI, C. (2013). The remediation regimes. En: L. BERGKAMP & B. J. GOLDSMITH (eds.), *The EU Environmental Liability Directive. A commentary*, Oxford: Oxford University Press, (95-117), 95.

⁵⁷ En el análisis de la experiencia estadounidense, se refleja que la anticipación de la compensación por medio de los créditos se introdujo a principios de la década de los noventa, al constatar que la regla de aplicar el principio de ausencia de pérdida neta posteriormente había determinado su ineficacia práctica. Por otra parte, el sistema de anticipación supone la venta de un producto cuyas virtudes promocionales pueden diferir con las realidades prácticas derivadas de su aplicación. Sobre este particular, *vid.* ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 363 y 367.

⁵⁸ Sobre esta incerteza, *vid.* BRIGGS, B. D. J.; HILL, D. A. and GILLESPIE, R. (2009). Habitat banking, how it could work in the UK. *Journal for Nature Conservation*, 17, 2009, 112-122, 114. Por su parte, LUTERBACHER define esta situación como la paradoja de oposición entre las ventajas individuales cortoplacistas y los beneficios colectivos a largo plazo.

LUTERBACHER, U. (2013). The political environment of environmental law. En: DUPUY, P. M. and VIÑALES, J. E. (eds.), *Harnessing Foreign Investment to Promote Environmental Protection. Incentives and Safeguards*, Cambridge: Cambridge University Press, (50-67), 50-51.

⁵⁹ Son muchos los imponderables que pueden hacer fracasar la labor compensadora. Sobre este particular, hay varios ejemplos en MOILANEN, A.; VAN TEEFFELEN, A. J. A.; BENHAIM, Y. and FERRIER, S. (2009). How much compensation is enough? A framework for incorporating uncertainty and time discounting when calculating offset ratios for impacted habitats. *Restoration Ecology, the Journal of the Society for Ecological Restoration International*, vol. 17, núm. 4, July, 470-478, 472.

⁶⁰ Esta pregunta es similar a la que se plantea a la hora de abordar la regulación protectora del patrimonio cultural, donde se plantea la dicotomía entre recreación y conservación en el ámbito de la restauración. Los paralelismos y relaciones entre las categorías de patrimonio histórico-artístico y patrimonio natural no acaban ahí. Para un estudio de caso español de los mismos puede verse MONTIEL MOLINA, C. (2007). Cultural heritage, sustainable forest management and property in inland Spain. *Forest Ecology and Management*, 249, 80-90. Para un estudio de caso comparado, puede consultarse VERMEULEN, J. and WHITTEN, T. (1999). *Biodiversity and Cultural Property in the Management of Limestone Resources. Lessons from East Asia*. Washington D. C.: The World Bank. Para un ejemplo de que la lucha por la conservación de los patrimonios cultural y natural tiene frentes comunes, *vid.* PÉREZ-ÁLVARO, E. (2016). Climate changes and underwater cultural heritage: Impacts and challenges. *Journal of Cultural Heritage*, 21, 842-848. Como en el caso de los hábitats, hay bienes culturales en los que tampoco cabe hablar de compensación.

⁶¹ A la hora de establecer la valoración entre lo que se pierde y lo que se puede ganar, hay que recordar siempre que cada hábitat necesita de un tiempo para alcanzar un pleno desarrollo de su valor biótico, lo que implica que no siempre se va a poder llevar a cabo una labor de recreación. En este sentido, *vid.* MORRIS, R. K. A.; ALONSO, I.; JEFFERSON, R. G.; KIRBY, K. J. (2006). The creation of compensatory habitat. Can it secure sustainable development? *Journal for Nature Conservation*, 14, 106-116, 106 y 108.

⁶² La constatación de que no todos los hábitats pueden entrar en el juego de los créditos de compensación, ha introducido el debate en torno a la posibilidad de que existan pérdidas aceptables, aunque ello contradiga el principio de ausencia de pérdida neta. Sobre esto, *vid.* QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999, 2997.

⁶³ Un ejemplo de esta constante discusión puede verse en BONNIE, R. (1999). Endangered species mitigation banking: promoting recovery through habitat conservation planning under the Endangered Species Act. *The Science of the Total Environment*, 240, 11-19, 11 y en QUÉTIER, F.; LAVOREL, S. (2011). Assessing ecological equivalence in biodiversity offset schemes: Key issues and solutions. *Biological Conservation*, 144, 2991-2999, 2991. Un ejemplo de que ni siquiera los casos que se invocan como ejemplo de éxito están exentos de polémica puede hallarse en BRIGGS, B. D. J.; HILL, D. A. and GILLESPIE, R. (2009). Habitat banking, how it could work in the UK. *Journal for Nature Conservation*, 17, 2009, 112-122, 116. También en ENRÍQUEZ DE SALAMANCA SÁNCHEZ-CÁMARA, A. (2014). Los bancos de conservación. *Foresta*, núm. 60, 26-35, 30. Un ejemplo de lo anterior, concretado en los humedales estadounidenses puede encontrarse en ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 363. El mismo autor, en una obra compartida, advierte de la progresiva imposición del criterio de compensación, en detrimento de los dos pasos precedentes de la jerarquía. HOUGH, P. and ROBERTSON, M. (2009). Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means. *Wetlands Ecol Manage*, 17, 15-33, 15.

⁶⁴ Esta necesidad es constantemente reflejada por la doctrina. Así, a título de ejemplo, *vid.* BONNIE, R. (1999). Endangered species mitigation banking: promoting recovery through habitat conservation planning under the Endangered Species Act. *The Science of the Total*

Environment, 240, 11-19, 16. BRIGGS, B. D. J.; HILL, D. A. and GILLESPIE, R. (2009). Habitat banking, how it could work in the UK. *Journal for Nature Conservation*, 17, 2009, 112-122, 117. A su vez, añade la necesidad de coordinar tres aspectos que deben funcionar en armonía para que exista una posibilidad real de éxito: las estructuras públicas que ejercen el control, los mecanismos de mercado que desarrollan el intercambio y los conceptos de las disciplinas ecológicas sobre los que se intentan construir estos últimos. ROBERTSON, M. M. (2004). The neoliberalization of ecosystem services: wetland mitigation banking and problems in environmental governance. *Geoforum*, 35, 361-373, 362.

⁶⁵ Así, a título de mero ejemplo, pueden encontrarse referencias en la materia en la legislación sobre costas, en cuya última reforma se introduce la preocupación en torno a los efectos perniciosos del cambio climático. Sobre este particular, *vid.* CAPOTE PÉREZ, L. J. (2014). La lucha contra el cambio climático en el Derecho español: el ejemplo de la legislación de costas. En: J. C. SANTAMARTA CEREZAL, L. E. HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ y M. P. ARRAIZA BERMÚDEZ-CANETE (eds.), *Natural Hazards & Climate Change / Riesgos Naturales y Cambio Climático*, La Laguna: Colegio de Ingenieros de Montes, 199-208.

⁶⁶ Este objetivo se repite luego en el texto articulado, en el precepto contenido en el artículo 1.

⁶⁷ Esta reforma se produce con posterioridad a la entrada en vigor de los dos textos normativos que se van a analizar a continuación, por lo que la introducción *a posteriori* de la referencia a los bancos de conservación de la naturaleza deja patente la intención del legislador español de emplear esta figura como parte de la estrategia de defensa de la biodiversidad.

⁶⁸ *Los bancos de conservación de la naturaleza son un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente.* Una crítica que se ha hecho a esta definición es que la misma debería haber hecho referencia a los bienes inmuebles sobre los que recaen dichos valores naturales. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.; HERNÁNDEZ TORRES, E. y TRUJILLO CABRERA, C. (2014). Bancos de conservación de la naturaleza y Registro de la Propiedad. *Seminario «Tecnología y coordinación de la información geográfica-jurídica sobre la propiedad en España»*. Alicante, 27 de junio.

⁶⁹ Esta incertidumbre se ha reflejado también en los trabajos doctrinales. A título de ejemplo, puede verse RODRÍGUEZ BEAS, M. (2016). Créditos de conservación de la naturaleza ¿mecanismo de mercado para especular o preservar la naturaleza? En: SANZ LARRUGA, F. y CASADO CASADO, L., *Derecho ambiental en tiempo de crisis: comunicaciones presentadas al Congreso de la RED ECOVER (La Coruña, 19 y 20 de noviembre de 2015)*, Valencia: Tirant lo Blanch, (177-188), 177. SÁNCHEZ JORDÁN, M. E.; HERNÁNDEZ TORRES, E. y TRUJILLO CABRERA, C. (2014). Bancos de conservación de la naturaleza y Registro de la Propiedad. *Seminario «Tecnología y coordinación de la información geográfica-jurídica sobre la propiedad en España»*. Alicante, 27 de junio.

⁷⁰ VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2014). Derecho real de conservación ambiental: los bancos de conservación de la naturaleza. *Congreso Nacional del Medioambiente*. Madrid, 2.

⁷¹ Sobre esto, *vid. supra* nota al pie núm. 8.

⁷² Esta afirmación puede circunscribirse en el seno de la tesis según la cual ya no puede hablarse de un derecho de propiedad sino de múltiples variantes de titularidad dominical.

⁷³ Esta idea tiene su entronque constitucional en el derecho al medio ambiente del que *todos* tenemos derecho a disfrutar, como indica el artículo 45.1 de la Carta Magna. Por otra parte, hay que destacar el hecho de que esta concepción limitadora de los derechos individuales está también presente en la base de otras instituciones donde se refleja la dicotomía derechos privados e interés público, como el patrimonio histórico-artístico. El precepto que sigue al que recoge el derecho al medio ambiente, contiene precisamente el que versa sobre esta categoría. Para un repaso somero a los límites que los valores de historicidad y cultura imponen a los derechos de propiedad sobre los bienes del patrimonio cultural, *vid.* CAPOTE

PÉREZ, L. J. (2007) Patrimonio histórico y Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Privado*, septiembre-octubre, 59-80.

⁷⁴ Para el análisis de las formas de creación de los derechos reales, *vid.* LASARTE, C. (2013). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho civil IV*, décima edición. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 12-14. LACRUZ BERDEJO, J. L. (2008). *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales, volumen primero, posesión y propiedad*, tercera edición, revisada y puesta al día por Agustín Luna Serrano. Madrid: Dykinson, 11-17. DE PABLO CONTRERAS, P.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. y PÉREZ ÁLVAREZ, M. (2014). *Curso de Derecho Civil (III). Derechos Reales*, cuarta edición. Madrid: Colex, 41-45. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2001). *Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, séptima edición. Madrid: Editorial Tecnos, 47-49.

⁷⁵ Un ejemplo de esta configuración conceptual disociadora se encuentra en algunas aproximaciones culturales al concepto de patrimonio histórico-artístico. En la teoría de los bienes culturales, el valor cultural de la cosa se desgaja de la misma y los avatares patrimoniales de esta discurren al margen de aquel, que queda configurado como un interés público, tutelado por los poderes públicos. La explicación corresponde a BARCELONA LLOP, J. (2000). El dominio público arqueológico. *Revista de Administración Pública*, núm. 151, 133-165, 134 y 135.

⁷⁶ Las obras que en el ámbito de la doctrina jurídica anglosajona se han dedicado al *trust* son muy numerosas. A título de ejemplo y para poder tener una visión general de esta figura y de sus aplicaciones en el ámbito inmobiliario, *vid.* GRAY, K & FRANCIS GRAY, S. (2001). *Elements of Land Law*, Third Edition. London, Edinburgh, Dublin: Butterworths. JONES, J. and PALMER, W. (1997). Trusts Of Land And Appointment Of Trustees Act 1996, *Web Journal of Current Legal Issues*. [En línea], disponible en <http://www.bailii.org/uk/other/journals/WebJCLI/1997/issue1/jones1.html>. MEGARRY, S. R. and THOMPSON, M. P. (1993). *A Manual of the Law of Real Property*, Seventh Edition. London: Sweet & Maxwell Limited. PEARCE, R. A. and STEVENS, J. (1995). *The Law of Trusts and Equitable Obligations*. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths. PETTIT, P. (1993). *Equity and the Law of Trusts*, Seventh Edition. London, Dublin, Edinburgh: Butterworths. RIDDALL, J. G. (1996). *The Law of Trusts*, Fifth Edition. London, Dublin & Edinburgh: Butterworths. SCOTT, A. W. And FRATCHER, W. F. (1987). *The Law of Trusts, Fourth Edition*, Volume I. Boston, Toronto: Little, Brown and Company. STEVENS, J. & PEARCE, R. A. (2000). *Land Law*, Second Edition. London: Sweet & Maxwell. SYDENHAM, A. (1994). *Trusts in a nutshell*, Third Edition. London: Sweet & Maxwell.

(Trabajo recibido el 26-4-2018 y aceptado
para su publicación el 18-5-2018)

La «titularidad real» de las sociedades de capital: entre el orden público y la autonomía privada*

The «Beneficial Ownership» over Companies: balancing the Public Interest and the Private Fundamental Rights

por

LUIS HERNANDO CEBRIÁ
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho mercantil
(acreditado a Profesor titular)
Universidad de Valencia*

RESUMEN: El presente trabajo analiza los recientes desarrollos normativos en torno a la identificación del titular real o beneficiario efectivo de las sociedades de capital, con incidencia en otras formas organizativas, en materia de prevención contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Para ello aborda, a partir de las obligaciones de colaboración activa de los sujetos obligados y la creación de distintos ficheros por los órganos centralizados de prevención, las diversas cuestiones que afectan a los derechos fundamentales de

* Trabajo integrado en el proyecto de investigación «Fenomenología organizativa en el Derecho de sociedades: nuevos modelos de empresa societaria» (DER2017-83428-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, del que es investigador principal el Prof. Dr. D. José Miguel Embid Irujo.

quienes aparecen identificados como los titulares reales de estas entidades. El trabajo hace repaso de las posibilidades de identificación del titular real según las formas sociales admitidas en nuestro Derecho y de los supuestos de constancia de la transmisión de socio en el Registro mercantil. Sobre tal base busca acomodar una solución armónica entre el orden público que la normativa trata de tutelar y la protección de los derechos fundamentales y la autonomía privada que han de gozar quienes, de forma legítima, acudan a las formas societarias para el desarrollo de actividades económicas.

ABSTRACT: This paper analyses the recent regulatory developments concerning the identification of the beneficial ownership of the companies, with incidence in other legal entities, in order to prevent money laundering and terrorist financing. For this purpose, it addresses, attending to the duties of active collaboration from the obliged entities and the creation of different files by the centralized prevention bodies, the various issues that affect the fundamental rights of those who are identified as the beneficial owners of the companies and of other legal entities. The work reviews the possibilities to identify the beneficial owner according to the companies' forms admitted in our legal system and to the cases where actualizations of shareholders and partners shall be held in the Commercial Register. On this basis, this paper tries to accommodate a harmonious solution between the public order that these regulations seek to preserve and the protection of fundamental rights and the private autonomy which shall be enjoyed by those who, legitimately, participate in companies for the development of an economic activity.

PALABRAS CLAVE: Titularidad real. Blanqueo de capitales. Financiación del terrorismo. Derecho de sociedades. Derechos fundamentales. Autonomía privada.

KEY WORDS: *Beneficial ownership. Money laundering. Financing of terrorism. Company law. Fundamental rights. Private autonomy.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: 1. DETERMINACIÓN DEL TITULAR REAL. 2. OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DE LOS SUJETOS OBLIGADOS POR LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN. A) *Consideraciones generales.* B) *Aspectos materiales y sustantivos. Territorialidad.* C) *Aspectos subjetivo-formales: la «cadena de control» y rasgos tipológicos de la persona jurídica.* D) *Aspectos temporales: la actualización del «titular real».*—II. LA IDENTIFICACIÓN DEL TITULAR REAL: 1. FORMAS: LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y LAS INFORMACIONES SOBRE EL TITULAR REAL. 2. BASES DE DATOS DE TITULARIDADES REALES. 3. FICHEROS COMUNES E INTERCONEXIONES

DE BASES DE DATOS.—III. PROTECCIÓN DE DATOS Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 1. CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS TITULARES REALES INSCRITOS. 2. ACCESO A LA INFORMACIÓN POR LOS TERCEROS.—IV. TITULARIDAD REAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL: 1. SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS. 2. SOCIEDADES ANÓNIMAS NO COTIZADAS: ACCIONES NOMINATIVAS Y AL PORTADOR. 3. SOCIEDADES LIMITADAS. 4. CASOS SINGULARES: SOCIEDADES UNIPERSONALES, SOCIEDADES PROFESIONALES Y SOCIEDADES LABORALES.—V. CAMBIO DE PARADIGMA TRAS LA ORDEN JUS/319/2018, DE 21 DE MARZO.—VI. CONSIDERACIONES FINALES. INFORMACIÓN SOBRE EL «TITULAR REAL»: ENTRE EL INTERÉS PÚBLICO Y LA AUTONOMÍA PRIVADA.

I. INTRODUCCIÓN

1. DETERMINACIÓN DEL TITULAR REAL

La prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo impone a determinados sujetos, por su posición como intermediarios entre el mercado y los agentes económicos, la obligación de identificar al «titular real». Entre otros, el artículo 2 de la Ley 10/2010 incorpora las entidades financieras, los notarios y los registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles, y los abogados, procuradores u otros profesionales independientes cuando participen en operaciones por cuenta de sus clientes. Ahora bien, la aplicación de tales medidas de prevención adquiere una especial complejidad cuando se trata de personas jurídicas, en relación con la estructura de su propiedad o de control.

El artículo 4 de la Ley 10/2010 parte de una participación en el capital social o de otro derecho de propiedad por una persona física superior al veinticinco por ciento. Con todo, la fijación de este porcentaje de participación «significativa» en el capital o en los derechos de voto ni permite establecer una situación de control societario, ni puede ser un criterio definitivo. Se trata tan solo de un factor legal indicativo para la determinación de la persona física que, en última instancia, pueda ser considerada como titular real. Por ello aclara el artículo 8 de su Reglamento que tal criterio tan solo constituye, en todo caso, una presunción *iuris tantum*, y que, por lo tanto, admite prueba en contrario¹.

La actual Directiva (UE) 2015/849 establece tal porcentaje como un máximo, que puede ser reducido por cada Estado, bien con carácter general, bien para casos particulares en los que un porcentaje inferior pueda servir para la mejor identificación de los titulares reales de determinadas estructuras empresariales². Además, el artículo 3 de la Directiva, en su apartado sexto, parte de considerar titular real a la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica. De este modo, la participación en

el capital mediante la titularidad de un porcentaje de acciones o la atribución de un número determinado de derechos de voto se podría decir que solo supone un «indicio de propiedad»³.

Pero además, la creación de entramados societarios comporta la interposición de personas jurídicas que a su vez controlen otras personas jurídicas, de modo que la identificación del titular real y la comprobación de su identidad deberá llevarse a cabo «aguas arriba» hasta llegar a la fuente, esto es, a la persona o personas físicas que se sitúen en el origen de la actividad⁴. Tanto la letra b del apartado segundo del artículo 4 de la Ley 10/2010, como la misma letra del artículo 8 de su Reglamento de desarrollo hacen constante referencia a que el control, bien sobre el capital o respecto de los derechos de voto de la persona jurídica, bien sobre ella, puede ser logrado de forma directa o indirecta. Aclara en este sentido la Directiva 2015/849 que una sociedad o, incluso, varias sociedades, pueden quedar interpuestas entre las personas o personas físicas que las controlen y otras sociedades⁵.

Por otro lado, el artículo 4 de la Ley 10/2010 reconoce la limitación que supone la visión del control únicamente sustentado sobre la participación en el capital social o en los derechos de voto, y admite otros medios que sirven para el ejercicio del control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. A lo anterior, el artículo 8 del Real Decreto 304/2014 añade que el control puede ser alcanzado a través de determinados acuerdos o disposiciones estatutarias. También la actual Directiva 2015/849, con remisión a la anterior, en su artículo 3, reconoce que la propiedad o el control de una persona jurídica puede ser logrado por otros medios distintos de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o de otros derechos de propiedad⁶.

Con ello, tales normas resaltan la importancia adquirida en los últimos tiempos por los acuerdos parasociales o incluso omnilaterales de socios, como forma de organizar de manera estable el control sobre las sociedades, lo cual incluso ha tenido expreso reconocimiento legal en Ley de sociedades de capital, si bien en el concreto marco de las sociedades cotizadas⁷. La Directiva 2015/849 continúa por esta senda y admite la existencia de un «control por otros medios» y que los Estados miembros puedan acudir, en la identificación del titular real y en aras a la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, a los criterios que establece la Directiva 2013/34⁸. Al efecto, puede ser suficiente la posibilidad o el ejercicio efectivo de una influencia dominante o del control sobre ella o su sometimiento a la dirección única de la sociedad matriz⁹.

De otra parte, el artículo 8 del Real Decreto 304/2014 impone a los sujetos obligados la notificación acerca de «los resultados infructuosos» de las acciones llevadas a cabo para determinar la persona física que asuma la condición de titular real¹⁰. No obstante, se ha de puntualizar que esta situación puede ser debida a dos motivos: bien a la falta de comunicación de los datos necesarios

a los intermediarios y a otros sujetos obligados por la ley de prevención por parte de los administradores sociales acerca de quienes, por diferentes medios, puedan ejercer el control sobre la sociedad; bien a la inexistencia de porcentajes de participación en el capital o de derechos de voto o de otros acuerdos que permitan alcanzar el control o una influencia dominante sobre la sociedad¹¹.

La declaración del administrador, por lo tanto, bien podría concluir que no existe titularidad real en los términos que establece la regulación de prevención¹². Con todo, el artículo 8 del Real Decreto 304/2014, a falta de identificación del titular real, y con una cierta desconfianza hacia los administradores, les impone una presunción *iuris tantum* de control, con extensión, en su caso, a la persona física nombrada por el administrador persona jurídica¹³. En idéntico sentido, de mediar dudas acerca de que la persona o personas identificadas sean los titulares reales o cuando, agotados todos los medios disponibles, los sujetos obligados no puedan identificar al titular real, la Directiva 2015/849 remite a la persona o personas físicas que ejerzan un cargo de dirección de alto nivel (cfr., art. 236.4 LSC en relación con la persona «que tenga atribuidas facultades de la más alta dirección de la sociedad»)¹⁴.

2. OBLIGACIONES DE DILIGENCIA DE LOS SUJETOS OBLIGADOS POR LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN

A) *Consideraciones generales*

Los sujetos obligados, con carácter previo al establecimiento de relaciones de negocio o a la ejecución de cualesquiera operaciones con las personas jurídicas, han de adoptar las medidas adecuadas para comprobar la identidad del titular real¹⁵. En consecuencia, los obligados por esta normativa habrán de adoptar las medidas de diligencia que les son impuestas para comprobar la veracidad de la información que les sea suministrada y de investigación ante indicios que exijan una ulterior revisión. Y en última instancia deberán abstenerse de ejecutar cualquier operación en la que, por su naturaleza, existan indicios que la relacionen con el blanqueo de capitales o con la financiación del terrorismo. A tal fin, deben comunicar cualquier hecho, operación o tentativa respecto del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (el Servicio Ejecutivo de la Comisión, más conocido como el SEPBLAC)¹⁶.

Se trata, por lo tanto, de un sistema que se sustenta, dentro del amplio ámbito adquirido por el *compliance* normativo, en la colaboración con las autoridades de prevención, ante situaciones objetivas de riesgo que se presenten en sus relaciones con los operadores económicos. Aun así, la aplicación de la nor-

mativa, con imposición de medidas de diligencia simplificada o reforzada para los sujetos por ella obligados, puede ser enfocada en consideración a diferentes criterios. De una parte, se puede distinguir la fijación de unos criterios materiales, tanto desde un punto de vista cuantitativo de las operaciones, como sustantivo de las actividades económicas desarrolladas en el mercado y, en relación a este último aspecto, en consideración a criterios geográficos y territoriales, de otros formales. Estos últimos atienden a aspectos relativos a las estructuras de propiedad y de gestión de las personas jurídicas, con particular significación, en nuestro ámbito, de las sociedades. Todo ello se ha de completar con una constante preocupación, en el plano temporal, por la oportuna actualización de la información dispensada.

B) Aspectos materiales y sustantivos. Territorialidad

Desde un punto de vista cuantitativo-material, y en atención a la relevancia de la operación, esta intervención en la prevención del blanqueo de capitales, en virtud del artículo 9 del Reglamento de la Ley 10/2010, solo alcanza a aquellas transacciones económicas que superen los mil euros para la ejecución de transferencias electrónicas o quince mil euros para la ejecución de otras operaciones ocasionales. Todo ello se ha de enmarcar dentro de una tendencia legislativa más amplia de reducción de la limitación de los pagos en efectivo por la normativa tributaria ante la constante intensificación de las actuaciones para la prevención y la lucha contra el fraude fiscal¹⁷.

Desde un perfil sustantivo, sin embargo, los sujetos obligados por la regulación de la prevención del blanqueo habrán de recabar información de los clientes para conocer la naturaleza de su actividad profesional o empresarial. En este orden cosas, los sujetos obligados por la Ley de prevención, ante las circunstancias concurrentes y como expresión de su diligencia debida, podrán reclamar documentación adicional y habrán de recabar otras informaciones de fuentes independientes fiables. Así sucede, en concreto, cuando concurren indicios de falta de veracidad o de inexactitud en la información dispensada, o cuando, en las situaciones previstas, los sujetos obligados hayan de adoptar precauciones de diligencia reforzada respecto de aquellos que presenten un riesgo superior al promedio¹⁸.

Este concepto jurídico indeterminado del «riesgo superior al promedio» obliga a los sujetos, en particular a las entidades financieras, lo cual se ha de poner en consonancia con las exigencias de constancia informativa de las relaciones con sus clientes, según la MiFID 2, a la previsión de unos sistemas de control¹⁹. En tal sentido, el análisis del riesgo asociado a estas operaciones habrá de comprender la aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida en relación con las características de la operación. Entre otros criterios, el apartado

tercero del artículo 19 del Reglamento de la Ley 10/2010, como expresión de este riesgo superior, acude a las características de la operación, de la relación de negocios o del canal de distribución. Para ello apunta la necesidad de prestar especial atención a las circunstancias inusuales de estas relaciones, sin explicitar su contenido, al empleo habitual de medios de pago al portador y a las operaciones ejecutadas a través de intermediarios²⁰.

De otra parte, en el plano territorial, la regulación sobre prevención exige un mayor nivel de diligencia y la adopción de medidas de diligencia reforzada respecto de los clientes residentes en las áreas geográficas de mayor riesgo y de los clientes no residentes en España²¹. En este punto, el artículo 19 del Reglamento de la Ley 10/2010 extiende la aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida a las relaciones de negocio y a las operaciones con clientes de países, territorios o jurisdicciones de riesgo. A tal fin, cuando tales relaciones supongan una transferencia de fondos de o hacia tales países, territorios o jurisdicciones remite a los de «mayor riesgo» que sean así considerados por el Grupo de Acción Financiera (GAFI)²².

En ese aspecto, la Directiva 2018/843, de 30 de mayo²³, profundiza en el contenido del apartado segundo del artículo 9 de la Directiva 2015/849. Para ello introduce un bis al artículo 18, en relación con el propósito y la índole prevista de la relación de negocios y sobre la procedencia de los fondos o del patrimonio del cliente y de su titular real en las transacciones que impliquen a terceros países de alto riesgo, y respecto de la necesidad, en estos casos, de obtener información adicional sobre el cliente²⁴. También el artículo 10 del Reglamento nacional recoge el deber del sujeto obligado de recabar del cliente el propósito e índole de la naturaleza de su actividad profesional o empresarial y los supuestos en los que cabe la comprobación de las actividades declaradas a tenor de la imposición de medidas reforzadas de diligencia o de falta de correspondencia entre la actividad declarada y las operaciones que lleve a cabo.

C) Aspectos subjetivo-formales: la «cadena de control» y rasgos tipológicos de la persona jurídica

Desde una perspectiva que se podría denominar subjetivo-formal, el apartado cuarto del artículo al mismo ordinal de la Ley impone a los sujetos obligados la adopción de las medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas. De nuevo, cuando la estructura de propiedad o de control de la persona jurídica no haya podido determinarse, los sujetos obligados se han de abstener de establecer o mantener relaciones de negocio, entre las que se incluyen las labores de intermediación o de prestación de servicios. Complementariamente, han de adoptar las me-

didadas de diligencia reforzada cuando existan dificultades para contrastar la identidad de las personas físicas que en último extremo mantienen el control de las personas jurídicas²⁵.

A tal efecto, en primer lugar, el apartado tercero del artículo 8 del Reglamento de desarrollo de la Ley exige, dado el carácter utilitarista que impregna toda esta regulación, que los sujetos obligados recaben la información y la documentación necesaria de los clientes para determinar si actúan por cuenta propia o de terceros²⁶. No se trata, sin embargo, de una cuestión sencilla, por lo que esta exigencia informativa queda a expensas de su conocimiento o, al menos, de la presencia de indicios acerca de que su actuación lo sea por cuenta de otras personas a las que quepa, en última instancia, atribuir la condición de «titulares reales»²⁷. Ya en relación con la denominada «cadena de control», el artículo 7 de la vigente Ley 12/2003, de 21 de mayo, de prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, pone un particular énfasis en el tratamiento de las estructuras complejas de personas y de las entidades vinculadas a grupos u organizaciones terroristas²⁸.

El artículo 19 del Reglamento de la Ley 10/2010, de un modo un tanto asistemático, contempla diversos aspectos tipológicos en la particular configuración de la persona jurídica. A este efecto, entre los supuestos de aplicación de medidas reforzadas de diligencia debida incluye, de una parte, en relación con la interposición de sociedades e intermediarios, las sociedades cuya estructura accionarial y de control no sea transparente o resulte inusual o excesivamente compleja²⁹. De otra, presta singular atención a las sociedades con acciones al portador, a las de mera tenencia de activos y a las «sociedades preconstituidas», entendidas como aquellas creadas sin una actividad económica real para su posterior transmisión a terceros.

En este sentido, el artículo 12 de la Directiva (UE) 2015/849 ya anticipa que las medidas de diligencia debida con respecto al cliente deben comprender tanto su identificación como la comprobación de su identidad sobre la base de documentos, datos o informaciones obtenidas de fuentes fiables e independientes; y en lo que atañe a las personas jurídicas, se han de extender a la identificación del titular real y a la adopción de medidas razonables para comprobar su identidad, que permitan, en suma, comprender la estructura de propiedad y control del cliente. Quizá, en relación con lo que se acaba de decir, la intervención de terceros como administradores de hecho pudiera ser un buen exponente de la existencia de un control allende los órganos sociales. Entre otros aspectos, se podría tener presente, a título indicativo, el otorgamiento de poderes generales para actuar en representación de la sociedad y el ejercicio continuado de esta facultad cuando de otro modo no quede oportunamente reflejado la titularidad real, directa o indirecta, por un socio³⁰.

En contraposición, otras entidades solo quedarán sometidas, merced a la existencia de su regulación específica y de los mecanismos de transparencia y

sancionatorios en ella contenidos, a unas específicas medidas simplificadas de diligencia debida. Entre ellas, el artículo 15, siempre en relación con entidades de los Estados miembro de la Unión Europea o de países terceros equivalentes y sus sucursales y filiales mayoritariamente participadas, contempla las entidades de derecho público, las entidades financieras, exceptuadas las entidades de pago, y las sociedades cotizadas cuyos valores se admitan a negociación en un mercado regulado³¹.

D) Aspectos temporales: la actualización del «titular real»

La regulación patria fija su atención, en consonancia con las Directivas comunitarias, en la necesidad de que la información sobre la titularidad real, dentro del deber de diligencia exigible a los sujetos obligados, sea debidamente actualizada. A tal efecto, el artículo 11 del Reglamento de la Ley 10/2010 impone al sujeto obligado, con carácter general, un seguimiento continuo de la relación de negocios, y exige además unas mayores cautelas cuando, a raíz del análisis de riesgo y merced a sus relaciones con el cliente o con otras sociedades de su grupo, aprecie riesgos superiores al promedio. Para ello los sujetos obligados deben incorporar todas las informaciones anteriores y los resultados de los procesos de revisión a un manual de prevención que, para los clientes de riesgo superior al promedio, habrá de ser actualizado, al menos, anualmente³².

Con todo, la Directiva 2018/843, sin perder de vista la necesaria coordinación de Registros a nivel comunitario, destaca, en sus considerandos, que actualmente los mecanismos establecidos no permiten la detección y la evaluación de los riesgos en el momento necesario. En particular, algunas categorías claramente especificadas de clientes ya existentes también deben ser objeto de una vigilancia periódica. La exigencia de una información adecuada, exacta y actualizada, en especial sobre la titularidad real, es un factor clave para la localización de los delincuentes que pretendan ocultar su identidad tras una estructura societaria.

No se ha de dejar a un lado que la interconexión global del sistema financiero facilita la ocultación de los titulares reales y el movimiento de fondos, lo cual requiere una oportuna respuesta en el plano legislativo³³. A este fin, la Directiva 2018/843 sustituye el texto del apartado quinto del artículo 14 de la Directiva 2015/849, y exige medidas de diligencia no solo respecto de los nuevos clientes, sino también de los anteriores. Para ello parte de la base del previo análisis de su riesgo, cuando cambien las circunstancias, y exige que el sujeto obligado, en virtud de los términos de la Directiva 2011/16/UE, una vez transcurrido un año, requiera al cliente nueva información acerca de su titular real³⁴.

II. LA IDENTIFICACIÓN DEL TITULAR REAL

1. FORMAS: LA DECLARACIÓN RESPONSABLE Y LAS INFORMACIONES SOBRE EL TITULAR REAL

Pero si, de un lado, el deber de diligencia debida corresponde a los sujetos obligados por la normativa sobre prevención, de otro, cuando se trata de sociedades, la obligación de dispensar tales informaciones corresponde a sus administradores. Ante la ausencia de previsión específica en la Ley 10/2010, su Reglamento de desarrollo, en su artículo 9, encomienda a la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica, mediante una declaración responsable, la identificación y comprobación de la identidad del titular real. Para ello los administradores deben obtener y mantener información adecuada, precisa y actualizada sobre la titularidad real de la sociedad³⁵. Se aprecia así una medida informativa exigible de los representantes legales, proveniente de una regulación ajena al Derecho de sociedades, que se ha de mantener en los términos previstos de adecuación, precisión y actualización, a fin de dar cumplimiento a las exigencias sobre el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

No obstante, la mera imposición de una declaración responsable por parte de la persona que tenga atribuida la representación de la persona jurídica no será condición de suficiencia en todos los casos. Ya se ha hecho referencia a la necesidad de que el sujeto obligado obtenga documentación adicional o información de otras fuentes independientes fiables cuando concurren «riesgos superiores al promedio»; en particular, cuando existan indicios de que la identidad del titular real declarada por el cliente no es exacta o veraz. Pero también, en relación con la actividad, cuando el sujeto obligado tenga conocimiento de hechos u operaciones que, con independencia de su cuantía, presenten indicios de simulación o fraude, singularmente cuando muestren pautas de comportamiento complejas, inusuales o sin un propósito económico lícito aparente³⁶. En tal caso, el sujeto obligado habrá de comunicar al SEPBLAC los indicios o certezas sobre cualquier hecho u operación, incluso aunque se trate de una mera tentativa, que pueda comportar blanqueo de capitales o financiación del terrorismo. Para ello ha de tomar en cuenta, cuando el hecho u operación carezca de justificación económica, profesional o de negocio, tanto la falta de correspondencia ostensible con la naturaleza de la actividad desarrollada por el cliente, como el volumen de su actividad o sus antecedentes operativos, siempre que no resulte del examen especial previsto en el artículo precedente³⁷.

Cabe extender asimismo esta declaración responsable de los administradores sociales a los representantes de cualquier otra forma jurídica, piénsese, verbi-gracia, en los miembros del órgano de representación o de la Junta directiva de una asociación o en los patronos de una fundación. Todo ello sin perjuicio de las obligaciones específicas en materia de prevención que les impone el

artículo 39 de la Ley y el artículo 42 de su Reglamento. Ahora bien, por su específica configuración, esta solución no es predicable para los fideicomisos de corte anglosajón ni para otros instrumentos jurídicos análogos. Sin perjuicio de la falta de reconocimiento de esta figura en el Derecho español y no obstante la admisión de diferentes formas de organizar la inversión colectiva en nuestro fuero interno, lo bien cierto es que para estas fórmulas no cabe la simple declaración responsable de su gestor. En consecuencia, será necesaria la introducción de medidas de investigación acerca de la identidad de los diferentes sujetos participantes y respecto del control efectivo sobre el patrimonio³⁸.

Con todo, se trata de un tema complejo que excede con mucho el propósito del presente trabajo. Por cuanto aquí interesa, corresponde ahora identificar la forma que ha de adoptar esta «declaración responsable». Desde el punto de vista de la práctica forense notarial parece haberse impuesto la redacción de las llamadas «Actas de Titularidad Real», en las que consta la identificación de este titular real, persona física, si lo hubiera³⁹. Su carácter público, frente a otros de carácter privado con legitimación de firmas, parece justificado desde la perspectiva de su permanencia y los efectos probatorios que dispensa. Se trata, en consecuencia, de un acta de manifestaciones que, como en otros casos, como en el del Registro General de Actos de Última Voluntad, va dirigida a su incorporación en la Base de Datos de Titularidad Real a cargo del Consejo General del Notariado a la que luego se hará referencia.

No obstante, su redacción como documento separado no obedece tanto a las exigencias legales, como al propósito de no afectar a la validez de la escritura pública notarial que refleje un determinado acto societario o, *lato sensu*, de la persona jurídica⁴⁰. Pero en este punto cabe traer aquí la mención contenida en el último párrafo del apartado segundo del artículo 19 de la Ley 10/2010, según la cual aun cuando el notario se abstenga de autorizar una operación por ver indicios de simulación o fraude de ley desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales, los Registros de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, dándose los restantes requisitos, procederán a la inscripción del acto o negocio jurídico. Parece que, en este punto, la normativa sobre prevención haya de ceder frente a la seguridad del tráfico jurídico, toda vez que los indicios, aun cuando sean manifiestos, no pueden perjudicar, desde la perspectiva registral, a los terceros de buena fe.

Sin embargo, no deja de ser extraño a nuestro sistema que el registrador proceda a llevar a cabo la inscripción, aun cuando a él también sea extensiva esta obligación de abstención de ejecución de operaciones⁴¹. Esta forma de acreditación de la titularidad real puede quedar, por lo tanto, sometida a diferentes críticas y puntualizaciones. En primer lugar, se ha de dejar sentado que estas actas de titularidad real alcanzan, sin perjuicio de su constancia anterior, a cualquier sociedad o persona jurídica con independencia de la existencia o no de indicios relacionados con el blanqueo de capitales o la financiación del

terrorismo. Estos, en todo caso, darán lugar a las medidas reforzadas de diligencia debida y de averiguación a través de otras fuentes independientes fiables⁴².

En segundo lugar, se ha de tener en cuenta la idoneidad del notario para considerar, en «sus relaciones de negocio» o, mejor, como fedatario público, la existencia de «riesgos superiores al promedio». Ciertamente, la conducta puede ser reclamable cuando perciba indicios de que la identidad del titular real declarada por el cliente no es exacta o veraz o cuando intervenga en operaciones que, con independencia de su cuantía, presenten indicios de simulación o fraude. Así se pronuncia el apartado segundo artículo 19 de la Ley 10/2010 al señalar que los motivos de la «justa causa» que motive la negativa a la autorización del notario o su deber de abstención solo pueden provenir de los indicadores de riesgo señalados por el órgano centralizado de prevención o de un indicio manifiesto de simulación o fraude de ley. Antes, en todo caso, el notario, dentro de su deber de diligencia, como sujeto obligado, ha de recabar del cliente los datos que le permitan valorar las circunstancias o las discrepancias existentes.

Pero no parece que sea exigible del notario, ni tampoco de los registradores ni de otros intermediarios, el establecimiento de sistemas de análisis de riesgo equiparables a los de las entidades financieras. Es más, desde la actuación de las entidades financieras como sujetos obligados, ni siquiera es perceptiva la intervención notarial en las manifestaciones de titularidad real que le trasladen sus clientes, dando así lugar a diferencias formales poco justificables. Aun cuando, por la misma función de intermediación, en particular en sede de pagos, estas entidades se hallen en mejor posición para identificar situaciones de riesgo de blanqueo, sin embargo, en el punto relativo a la identificación del titular real, en principio cumplen con su deber de diligencia con la recepción de la declaración efectuada por los administradores.

En consecuencia, las entidades de crédito pueden hallar discrepancias entre el contenido del Fichero de Titularidades Financieras y la información relativa a los titulares reales recibida mediante la declaración responsable de sus clientes. Sin embargo, tales diferencias pueden obedecer a cambios en el control, de los cuales, por la función que tienen asignada, no tengan conocimiento directo, lo que les lleve a dar por buena la información comunicada a los fines de actualización de la titularidad real. Todo ello, no obstante, se ha de entender sin perjuicio de la posibilidad de recabar documentación adicional. Ahora bien, en unos casos, su suministro dependerá igualmente de los administradores sociales, como cuando provenga de la información resultante del libro registro de socios o de las acciones nominativas; en otros, además, las informaciones podrán ser obtenidas de fuentes fiables independientes.

Por otra parte, la mera declaración responsable, aunque no exista indicio de blanqueo o financiación, únicamente sirve para dar cumplimiento a una formalidad legal, añadiendo con ello una mayor carga económica al funcionamiento de las sociedades, sin un correlativo beneficio para la seguridad del tráfico jurídico.

Adicionalmente, la intervención del notario o del registrador, con carácter general, no servirá para verificar la realidad de los hechos manifestados, pues no dispone de medios materiales para ello, fuera de los datos en la base de datos de titulares reales. Queda, por lo tanto, a cargo de las personas que intervengan en nombre de la sociedad la responsabilidad por las manifestaciones que contenga el acta, lo cual no excluye, por otra parte, que puedan seguir instrucciones de otros «administradores en la sombra»⁴³.

Entre otras cuestiones, igualmente, se podría plantear si ante una «cadena de control» sería necesaria la constancia de un acta por cada sociedad intermediaria, o si, en el entorno de los grupos de sociedades, sería suficiente con la mención, en una única acta, de todas las sociedades involucradas. No obstante, la redacción de la norma que impone la declaración responsable, así como la falta de reconocimiento de los grupos de sociedades como una realidad legal en nuestro sistema, dificultan esta opción. Tampoco los diferentes factores indiciarios del control sobre el capital o los derechos de voto que contempla la regulación preventiva parecen patrocinar esta visión del conjunto.

2. BASES DE DATOS DE TITULARIDADES REALES

A efectos de coordinar todas las informaciones sobre la titularidad real obtenidas por los sujetos obligados y proceder a su actualización y a fin de articular la colaboración de estos con las autoridades públicas, el artículo 27 de la Ley 10/2010 prevé la creación de órganos centralizados de prevención. En tal sentido, el artículo 44 de su Reglamento atribuye esta función a las correspondientes organizaciones colegiales de ámbito nacional. En este marco no se puede dejar de señalar la relevante labor llevada a cabo por el denominado Órgano Centralizado notarial de Prevención (OCP), en particular en el procesamiento de la información sobre la titularidad real derivada de los actos intervenidos por los notarios⁴⁴. El artículo 9 del Reglamento de desarrollo de la Ley 10/2010, en su apartado 6, menciona expresamente la base de datos de titularidad real a cargo del Consejo General del Notariado⁴⁵. La Base de Datos de Titulares Reales actúa de referente para el resto de sujetos obligados que, previo acuerdo de formalización con el Órgano Centralizado notarial de Prevención, pueden acceder a la información sobre la titularidad real de la persona jurídica, en cumplimiento de su obligación de identificación y comprobación⁴⁶.

No obstante, no se trata de una base de datos ni exclusiva ni excluyente. El Reglamento también contempla otras bases de datos como el Fichero de Titularidades Financieras previsto en el artículo 43 de la Ley 10/2010, y desarrolla su contenido, funcionamiento y posibilidades de acceso. Este fichero, en el cual han de presentar sus declaraciones las entidades de crédito, depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, si bien su

llevarla corresponde al Servicio Ejecutivo de la Comisión, como encargado del tratamiento por cuenta de aquella⁴⁷. Al anterior se une otro específico, el Fichero de Personas con Responsabilidad Pública, resultado del tratamiento que reciben las personas que ejerzan responsabilidades públicas, tal y como exige, en virtud de la Directiva sobre prevención, el artículo 15 de la Ley 10/2010 y desarrolla el artículo 14 de su Reglamento⁴⁸.

En este punto, no se puede dejar de lado la función a la que están llamados los Registradores, y en particular los registradores mercantiles. A partir de las obligaciones de colaboración e información a las que el Registro mercantil, como sujeto obligado, se halla sometido desde la regulación preventiva, la creación del Órgano Centralizado del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles también sirve a este objeto de comunicar las operaciones sospechosas del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁴⁹. Así, dentro del marco de la constitución de órganos centralizados de prevención de las profesiones colegiadas, la labor de los Registradores ha de asumir un papel protagonista en la mejora de la calidad de las informaciones recibidas por las autoridades sobre las titularidades reales. Para ello, el Órgano Centralizado de Prevención habrá de recoger y mantener todas las operaciones sometidas a examen especial, en atención a las circunstancias y riesgos existentes, que exijan la intervención de los Registradores⁵⁰.

3. FICHEROS COMUNES E INTERCONEXIONES DE BASES DE DATOS

Si bien la función notarial ha asumido, hasta la fecha, en particular en sede de transmisión de las participaciones de las sociedades limitadas, una posición relevante a través de la centralización de las informaciones en la Base de Datos de Titular Real, como ya se ha tenido la oportunidad de exponer, esta base no es la única que sirve para su identificación. Otras fuentes informativas pueden ser igualmente utilizadas a tal fin a partir del Fichero de Titularidades Financieras, de cuyo tratamiento queda encargado el SEPBLAC. Incluso la información de la que disponga la Agencia Tributaria, en particular, a partir de las declaraciones censales de las personas jurídicas y de otras declaraciones, sobre la base de los datos aportados por el obligado tributario, puede integrar la falta de información o actualizar la que pueda quedar desfasada. Con todo, el artículo 33 de la Ley 10/2010 ya prevé, si bien solo en circunstancias excepcionales y sometido a autorización del SEPBLAC, el intercambio de información entre sujetos obligados y ficheros centralizados de prevención del fraude. A tal fin, en el desarrollo de la materia, el apartado segundo del artículo 61 del Reglamento admite la posibilidad de la creación de ficheros comunes para el intercambio de esta información y para dar cumplimiento a las obligaciones de diligencia en materia de prevención.

En esta línea de trabajo parece caminar la regulación europea respecto de la ordenación de Registros centralizados o de bases centrales de datos y su interconexión. El artículo 30 de la Directiva (UE) 2015/849, en su apartado décimo, establece la fecha límite del 26 de junio de 2019 para fijar las especificaciones y los procedimientos técnicos que permitan garantizar la interconexión segura y eficiente de los registros centrales a través de la llamada plataforma central europea. Sobre la necesidad de dar un tratamiento armonizado, en respuesta a la interposición de estructuras que separen al titular de la persona jurídica o del patrimonio separado, la Directiva 2018/843 también reconoce la necesidad de establecer mecanismos automatizados centralizados en todos los Estados miembros. Estos, por consiguiente, han de permitir la consulta de los datos y el acceso actualizado a la información, entre otros aspectos, sobre la identidad de los titulares reales⁵¹. De nuevo, pueden ser útiles para estos propósitos los avances experimentados a nivel europeo en el marco de interconexión de los Registros mercantiles nacionales para una adecuada coordinación respecto de la información de la situación de matrices y sucursales y del estado de las fusiones transfronterizas⁵².

Ahora bien, se ha de dejar constancia que, en un plano diferente, tampoco favorece la debida coordinación entre la intervención notarial y la inscripción en los Registros públicos la previsión del artículo 19 de la Ley 10/2010. Según su dictado, aun cuando el notario se abstenga de autorizar una operación por ver indicios de simulación o fraude de ley desde la perspectiva de la prevención del blanqueo de capitales, los Registros de la Propiedad, Mercantil o de Bienes Muebles, dándose los restantes requisitos, han de proceder a la inscripción del acto o negocio jurídico. Parece que, en este punto, la normativa sobre prevención haya de ceder frente a la seguridad del tráfico jurídico, toda vez que los indicios, aun cuando sean manifiestos, no pueden perjudicar, desde la perspectiva registral, a los terceros de buena fe.

Por último, en el actual entorno de constante revolución tecnológica no se puede dejar de mencionar la denominada *Delaware Blockchain Initiative*, que modifica el Capítulo octavo del Código de Delaware —*Delaware General Corporation Law* («DGCL»)— y que entró en vigor el 1 de agosto de 2017. Esta reforma introduce la posibilidad de dejar constancia de la identidad de los socios, no ya a través de los administradores o de los depositarios de los valores, sino mediante el recurso a la tecnología de la «cadena de bloques» o de la comunicación en red. A través de ella, los participantes, a su vez, obtienen ventajas de inmediatez en cuanto al denominado «record date». En particular, en las sociedades donde no medie la intervención de terceros distintos de los miembros de la administración social, la utilización de esta técnica compartida de registro telemático, tal y como ha sido acogida en este Estado referencia en materia de Derecho de sociedades, permite una mejor actualización en la identificación de los socios. No obstante, está todavía por ver la acogida que

tendrá entre las sociedades allí domiciliadas, algunas muy relevantes a nivel económico, este desarrollo legislativo que permite la creación, vía *blockchain*, de redes telemáticas de registro de socios⁵³.

III. PROTECCIÓN DE DATOS Y DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE INFORMACIÓN DE LOS TITULARES REALES INSCRITOS

En todo caso, la creación de este Registro centralizado o de bases de datos o ficheros comunes, así como la Base de datos de titulares reales del Consejo General del Notariado, requieren su sometimiento a dictamen previo de conformidad de la Agencia Española de Protección de Datos, y, por lo tanto, están sujetos a su supervisión y control⁵⁴. Una vez obtenido el informe favorable, corresponde a los órganos centralizados de prevención su correcto tratamiento y protección a través de medidas de seguridad de alto nivel⁵⁵. Esto tiene particular incidencia cuando se trate de entidades colegiales o asociativas de sujetos obligados, al objeto de evitar que las informaciones puedan ser utilizadas para otros fines diversos de la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, esto es, generalmente con fines comerciales⁵⁶. Y todo ello sin perjuicio del consentimiento del interesado que autorice de forma expresa tal utilización, de la necesidad de su tratamiento para llevar a cabo la gestión ordinaria de la relación de negocios subyacente y de las obligaciones de información que la regulación sobre prevención impone al sujeto obligado⁵⁷.

No obstante, en lo que atañe a los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición del interesado contenidos en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, el apartado tercero del artículo 32 de la Ley 10/2010, en aplicación de la facultad que confiere el apartado cuarto del artículo 41 de la Directiva (UE) 2015/849, establece una relevante excepción. Según su dictado, los sujetos obligados por la regulación sobre prevención, en este ámbito, no quedan sometidos al deber de informar a su cliente sobre la recogida de datos⁵⁸. Tal medida, que trata de evitar que se ponga al afectado en aviso sobre la existencia de actuaciones de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, sin embargo, no encaja con las reglas de protección de los datos personales, generando así tensiones entre el interés público y los derechos individuales de los afectados⁵⁹.

Por ello la Directiva 2018/843 establece el derecho de los interesados a ser informados del registro de sus datos y de los puntos de contacto para el ejercicio de sus derechos de acceso y rectificación por las Unidades de Información Financiera nacionales⁶⁰. Los avances técnicos en la actualización de

datos obligan a que quede constancia únicamente de los verdaderos titulares reales. Esta medida garantista seguramente parte de la misma fuente de la que trae causa la incorporación de datos, es decir, de la declaración responsable del representante, sin que en principio requiera ninguna otra verificación. En tales circunstancias, parece adecuado que quien aparezca como titular real sin serlo mantenga sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, a fin de subsanar tales deficiencias.

Pero, quizá, en la puesta en marcha de la identificación del titular real, otros mecanismos públicos podrían dejar mejor constancia de esta realidad, al menos con preferencia a las manifestaciones privadas. Ciertas limitaciones en los derechos de acceso evitarían la intoxicación de los procedimientos de instrucción en materia de prevención, investigación y detección del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo⁶¹. En tal sentido, el artículo 27 del Proyecto de Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal, en relación con el tratamiento y mantenimiento de los datos relativos a infracciones y sanciones administrativas, ya prevé que sus responsables sean los órganos competentes para la instrucción del procedimiento sancionador y para la declaración de las infracciones o la imposición de las sanciones. Asimismo, impone, en relación con el artículo 2 del Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, que el tratamiento de estos datos quede limitado a los estrictamente necesarios para la finalidad perseguida por tal procedimiento⁶².

2. ACCESO A LA INFORMACIÓN POR LOS TERCEROS: EL TERCERO CON «INTERÉS LEGÍTIMO»

La información sobre los datos que consten en los ficheros se ha de compatibilizar con la autorización para que otros sujetos distintos del titular real puedan proceder a su consulta. Es más, resulta oportuno que el acceso a la información relativa a la titularidad real por quienes se hallen autorizados a su obtención tenga las suficientes garantías de que no llegue a conocimiento de la entidad afectada⁶³. Ahora bien, desde el punto de legitimación activa para el acceso a la información contenida en los registros de titularidad real, tampoco se trata de Registros públicos, en el sentido de permitir el libre acceso a cualquier interesado. El artículo 30 de la Directiva (UE) 2015/849, en su apartado quinto, establece que puedan acceder a la información sobre la titularidad real que conste en el Registro Central tanto las autoridades competentes como las Unidades de Información Financiera, las entidades obligadas, en el marco de la aplicación de las medidas de diligencia debida, y, por último, las personas u organizaciones que puedan demostrar un interés legítimo. Estas últimas, sin embargo, pueden ver restringidas por la regulación nacional la información que pueden obtener de este Registro, que en todo caso ha de abarcar, como mínimo, el nombre y los apellidos, el mes y el año de nacimiento, la nacionalidad y

el país de residencia del titular real, así como la naturaleza y el alcance de su participación⁶⁴.

No obstante, esta última previsión no queda suficientemente resuelta en nuestra normativa sobre la prevención del blanqueo de capitales. Tampoco la diversidad de bases de datos propicia una solución convergente con la Directiva. El apartado tercero del artículo 33 de la Ley 10/2010 permite que la información contenida en los ficheros creados por entidades privadas con la finalidad de prevención del fraude en el sistema financiero, como la Base de Datos de Titular Real o el Fichero de Titularidades Financieras, pueda ser consultada por los sujetos obligados y por las autoridades judiciales, policiales y administrativas competentes en materia de prevención. En cuanto atañe a la Base de Datos de Titular Real del Consejo General del Notariado, el acceso para el resto de sujetos obligados requiere el correspondiente acuerdo de formalización. Respecto al acceso al Fichero de Titularidades Financieras, el artículo 52 del Reglamento, por otra parte, ordena puntos únicos de acceso en el Consejo General del Poder Judicial, en el Ministerio Fiscal, en las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el Centro Nacional de Inteligencia y en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, sin perjuicio de las consultas que pueda llevar a cabo el SEPBLAC.

Pero nada dice la regulación patria sobre prevención acerca del acceso a esta información por quienes puedan tener un interés legítimo. En nuestro sistema se optó, en una primera instancia, por la creación de bases de datos de confección privada, si se tiene como tal principalmente la que se halla a cargo del Consejo General del Notariado. A estas bases pueden tener acceso, previa conclusión de un acuerdo escrito con el Consejo General, cualquiera del amplio elenco de otros sujetos obligados, dentro del marco de colaboración que el Consejo suscriba con el correspondiente órgano colegiado competente. No queda claro, no obstante, la necesidad de acreditar un interés legítimo para la obtención de la información en cumplimiento de su deber de diligencia por parte de estos sujetos. Ello puede tener una singular relevancia ante el riesgo de un uso espurio de estas informaciones, colocando a unos sujetos, los obligados en materia de prevención, en ocasiones también operadores económicos competidores de la entidad sobre la que se reclama información, en una posición privilegiada en el mercado respecto de otros⁶⁵.

Quizá, desde este punto de vista, las bases de datos de titularidad real pueden ser un mecanismo útil para complementar la información que ofrece el Registro Mercantil. Se ha de pensar que estas previsiones normativas tienen un carácter preventivo frente a la realización de actos en fraude de ley, y en particular en el ámbito penal, por conductas que quepa incardinar en el marco de los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico. Así, la utilización de las sociedades, como formas para el desarrollo de las actividades de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, puede afectar los intereses de otros sujetos que, de buena fe, tengan relaciones con ellas, y que,

como sociedades que actúen de pantalla, exijan recurrir al beneficiario efectivo o último de todo el constructo societario⁶⁶. En tal caso, el recurso a la doctrina del levantamiento del velo puede ser el único mecanismo de corte material que sirva para dar satisfacción a estos intereses legítimos. Pero para su aplicación el afectado ha de poder llegar a conocer al titular real de la sociedad, cuestión que, sin embargo, al carecer del oportuno reconocimiento legal, como sujeto con «interés legítimo», no queda suficientemente resuelta por nuestra legislación⁶⁷.

Tampoco la normativa nacional acoge la opción que presenta el apartado noveno del artículo 30 de la Directiva 2015/849, acerca de la exclusión de la obligación de autorizar el acceso a la totalidad o a una parte de la información sobre la titularidad real a los sujetos obligados, excepto si tienen la condición de funcionarios públicos, y a otros sujetos con interés legítimo, cuando en un caso concreto y en circunstancias excepcionales, tal acceso pueda exponer al titular real a un riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación⁶⁸. Ni tampoco la regulación patria recoge esta excepción de la obligación de facilitar el acceso a la información sobre la titularidad real en el supuesto en el que el titular real sea un menor o tenga alguna incapacidad. No obstante, se ha de reseñar que la Directiva 2018/843, en aras a garantizar un enfoque proporcionado y equilibrado respecto de los derechos a la vida privada y a la protección de los datos personales, deja al albur de los Estados miembro esta exclusión. Se desmarca de la redacción proyectada en su propuesta y no la establece de modo imperativo, al menos en los casos, si bien excepcionales, en los que la información pueda exponer al titular real a un riesgo de fraude, secuestro, chantaje, violencia o intimidación⁶⁹.

Un vistazo a la regulación inglesa, que de forma específica ha incorporado las exigencias de identificación de las «personas con control significativo» (*persons with significant control over the company*), puede servir para alumbrar algunas de estas cuestiones. El artículo 790O de la *Companies Act*, introducido tras las exigencias comunitarias en materia de prevención, establece un principio de libre acceso al Registro de personas con control significativo, de carácter gratuito, para después añadir la necesidad de incorporar el propósito para el cual se solicita la información. Luego, en los cuatro días siguientes a la recepción de la solicitud por la sociedad, el artículo 790P permite que esta pueda dar respuesta, que en todo caso ha de ser veraz y actualizada, con indicación de su última modificación; o bien que pueda demandar la intervención judicial que declare la falta de interés legítimo en la obtención de los datos del titular real. Dentro de este amplio régimen, la utilización de estas informaciones por el legitimado para otros fines distintos a aquellos para los cuales se dispensa es objeto de sanción en el artículo 790R. Lo anterior se completa con la facultad judicial de rectificación de los datos del Registro y de establecer el deber de la sociedad de indemnizar a la persona que no debiera constar en él, en los términos establecidos en el artículo 790V⁷⁰.

IV. TITULARIDAD REAL EN LAS SOCIEDADES DE CAPITAL

1. SOCIEDADES ANÓNIMAS COTIZADAS

Dentro del marco de la prevención del blanqueo de capitales, las sociedades que coticen en un mercado regulado se rigen por sus propias normas de transparencia. De esta manera y dentro del régimen de la diligencia exigible a los sujetos obligados que intervengan en determinadas operaciones que recaen bajo su ámbito, estos no han de prestar una especial atención a su estructura de propiedad o de control. Así lo refleja el artículo 4 de la Ley 10/2010 en relación con las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes y con los grupos de sociedades que formen, con referencia a sus filiales participadas de forma mayoritaria. Traslada así al ámbito nacional la previsión de la Directiva 2015/849 respecto de aquellas sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad⁷¹.

En términos similares, el Reglamento nacional excluye la identificación de los accionistas o titulares reales de empresas cotizadas o de sus filiales con una participación mayoritaria cuando aquellas estén sometidas a obligaciones de información que aseguren la adecuada transparencia de su titularidad real⁷². Por otra parte, como contrapeso, prevé medidas simplificadas de diligencia debida respecto de las sociedades cotizadas cuyos valores se hallen admitidos a negociación en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes, así como respecto de sus sucursales y filiales mayoritariamente participadas⁷³.

Cuando se trate de un emisor para el que España sea el Estado de origen, los umbrales por las adquisiciones y las variaciones de participaciones en una sociedad cotizada quedan reducidas al tres por ciento inicial y, posteriormente, a las adquisiciones adicionales de un cinco por ciento, hasta alcanzar a un noventa por ciento de las acciones que compongan su capital social. El accionista que adquiera o transmita acciones que atribuyan derechos de voto, en consecuencia, estará obligado a informar a la sociedad afectada y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁷⁴. De este modo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede determinar la «titularidad real» de las sociedades cotizadas a través de la información recibida sobre las participaciones significativas. Para ello se ha de considerar la proporción de los derechos de voto que una persona pueda, directa o indirectamente, alcanzar respecto de determinados porcentajes, en el que queda comprendido el referido veinticinco por ciento como indicio de «titularidad real» para las sociedades no cotizadas⁷⁵.

Es más, el carácter abierto de estas entidades, como rasgo tipológico, exige que esta información sea periódicamente actualizada dentro de los parámetros

de transparencia que imperan en el régimen del mercado de valores y de sus medidas sancionadoras en caso de incumplimiento. Por consiguiente, tanto el Registro Oficial de la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁷⁶, como la denominada «Sociedad de Gestión»⁷⁷, en tanto que Depositario Central Español de Valores anotados en cuenta, si bien en este caso, a efectos de información de los sujetos adheridos a su sistema, permiten el acceso a las titularidades existentes⁷⁸. Con ello se excluye la necesidad de buscar mecanismos de acceso e identificación de la titularidad real en estas sociedades. La representación de los valores mediante anotaciones en cuenta, con intervención de una entidad depositaria, que, como entidad financiera o empresa de servicios de inversión, es un sujeto obligado por la regulación del blanqueo de capitales, ya posibilita esta labor⁷⁹. Junto con ello, las obligaciones informativas de aquella al Depositario Central Español de Valores y de los accionistas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como entidades intervinientes y supervisoras del mercado, así como el régimen sancionador por la falta de las pertinentes comunicaciones, completan esta imagen de conjunto de la participación de los accionistas en las sociedades cotizadas⁸⁰.

2. SOCIEDADES ANÓNIMAS NO COTIZADAS: ACCIONES NOMINATIVAS Y AL PORTADOR

En la línea marcada por el apartado segundo del artículo 10 de la Directiva (UE) 2015/849, que impone a los Estados miembros la adopción de medidas para evitar la utilización abusiva de acciones al portador y de los derechos de suscripción de acciones al portador, el artículo 4 de la Ley 10/2010 también alude a esta posibilidad en su apartado cuarto. Así, en la identificación del titular real y dentro de la adopción de las medidas adecuadas al efecto de determinar la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas, establece la obligación de abstención, que incumbe a los sujetos obligados, de establecer o mantener relaciones de negocio con personas jurídicas cuya estructura de propiedad o de control no haya podido determinarse. Pero además, cuando las acciones de las sociedades estén representadas mediante títulos al portador, requiere que el sujeto obligado determine por otros medios la estructura de propiedad o de control, sin aclarar, sin embargo, cuáles deben ser tales medidas. Por otro lado, excluye esta prohibición de establecer relaciones en los supuestos de conversión de los títulos al portador en títulos nominativos o en anotaciones en cuenta.

Estas precauciones obedecen al espíritu de la Directiva de la obtención de una información adecuada, precisa y actualizada sobre la titularidad real, en la que consten los pormenores del que se puede definir como el «interés último sobre la entidad». Para ello, su artículo 30 exige la adopción de medidas de diligencia debida con respecto a los factores y tipos de datos que manifiesten

situaciones de mayor riesgo potencial, en relación con el apartado tercero de su artículo 18. Entre estos, a su vez, su anexo III incluye las sociedades con accionistas nominales o acciones al portador. Ahora bien, en nuestro régimen interno la suscripción y la transmisión de acciones al portador se hallan sujetas a la intervención de fedatario público, a falta de la mediación de una agencia de valores o de una entidad de crédito. A través de estas exigencias tiene lugar la actividad de control sobre la titularidad real por cualquiera de estos sujetos obligados que impone la regulación sobre la prevención del blanqueo de capitales⁸¹. Cuestión distinta será que las transmisiones de acciones en el caso de las sociedades anónimas que no cotizan en bolsa no sean susceptibles de inscripción en el Registro Mercantil.

Otro tanto se podría decir de las sociedades cuyas acciones sean nominativas. Sin embargo, su transmisión no requiere la intervención de fedatario público o intermediario que sirva de comunicación a efectos de prevención del blanqueo⁸². Pese a que el foco, también en la Ley nacional, se ponga sobre las acciones al portador, tanto en las transmisiones como la constitución de derechos reales sobre las acciones nominativas, pese a las exigencias de la legalización del Libro registro de acciones nominativas de las sociedades anónimas en el Registro Mercantil, la plasmación de la titularidad se hace depender exclusivamente de los administradores sociales⁸³.

Es más, en principio, las acciones nominativas también son transmisibles por medio de endoso, según las reglas de la Ley Cambiaria y del Cheque. En correspondencia, no obstante la obligación de los administradores de verificar la regularidad de la cadena de endosos antes de la inscripción, estas situaciones complican todavía más la identificación actualizada del titular real. Esto, unido a la mera exigencia de declaración responsable de los representantes legales, sin necesidad siquiera de mostrar el contenido del libro-registro, parece contradecir las exigencias de medidas reforzadas de diligencia debida que impone la Directiva para sociedades con accionistas nominales⁸⁴.

Por consiguiente, las obligaciones de diligencia exigidas a los sujetos obligados por la regulación sobre prevención resulta trasladada a la diligencia exigible a los administradores sociales respecto de su obligación de una correcta llevanza del libro-registro de acciones nominativas. En todo caso, este régimen se ha de poner en relación con las debilidades del Registro Mercantil, tanto en las sanciones por la falta de legalización de los libros-registro de las sociedades no cotizadas cuyos títulos sean nominativos, que en muchas ocasiones tendrán un carácter cerrado, como respecto de su capacidad para reflejar, por esta vía, la titularidad real de las sociedades. Todo ello se habría de poner, además, en relación con la falta de exigencia de inscripción en el Registro Mercantil de estas transmisiones, con lo que la sociedad todavía mantiene, desde el punto de vista de la identificación de su accionariado, su calificación de «sociedad anónima»⁸⁵.

3. SOCIEDADES LIMITADAS

En las sociedades limitadas, sin embargo, toda transmisión de las participaciones sociales, así como la constitución de derechos reales de prenda sobre las mismas, deberán constar en documento público⁸⁶. Esta intervención deja sin resolver una primera cuestión relativa a otros títulos públicos no notariales, como pueden ser las ejecuciones sobre las participaciones sociales derivadas de procedimientos judiciales o administrativos, que en principio no quedan incorporados a la Base de datos de titularidad real⁸⁷. Igualmente, esta insuficiencia para recoger las transmisiones de las participaciones sociales se podría plantear respecto de las autorizadas por personas que ejerzan funciones notariales en otros Estados, aun cuando sean sujetos obligados por su respectiva regulación⁸⁸.

Ciertamente la introducción de una base de datos de titulares reales permite una mejor trazabilidad de la cadena de transmisiones, al paso que favorece la identidad entre el titular real manifestado por el representante de la persona jurídica y el que resulte a estos efectos así acreditado. El punto de partida, no obstante, lo ha de constituir la escritura de constitución, que si bien es objeto de inscripción en el Registro, tal incumplimiento no comporta, como es bien sabido, la disolución de la sociedad, sino los efectos derivados de su irregularidad. Esto obliga a plantear si a la escritura pública de constitución de la sociedad ha de acompañarse una primera declaración responsable acerca de la titularidad real del allí designado como administrador. En este punto, conviene recordar que, en principio, la identidad de los socios ya figura en la escritura de constitución, lo cual no obsta para que otras personas jurídicas puedan asumir la condición de socio, y por ende, la necesidad de identificar al titular real o beneficiario último.

Por otra parte, esta misma cuestión se traslada a las transmisiones de participaciones sociales, donde en principio no es necesaria la intervención del administrador en la escritura pública que ha de formalizar el socio transmitente con el adquirente. Es más, la falta de forma no tiene carácter esencial —*ad substantiam* o *solemnitatem*— para la perfección de la transmisión, y solo cumple la función de medio de prueba —*ad probationem*— y de oponibilidad frente a la sociedad y frente a los terceros —*ad exercitium* o *utilitatem*—. Además, no parece que toda transmisión o constitución de gravámenes u otros derechos reales sobre las participaciones dé lugar a un cambio en la titularidad real de la sociedad, por lo que, en principio, no sería preceptiva la declaración responsable del administrador, ni así reclamable por parte del fedatario público que intervienga.

Ahora bien, como resultado de la consulta efectuada por el notario en la Base de datos de titularidad real, puede que este advierta un cambio en tal condición. De nuevo se plantea entonces su obligación de abstención y la necesidad de recabar la intervención del administrador en esta operación a fin de que, mediante una simple declaración responsable, manifieste si efectivamente tiene lugar un cambio en la titularidad real. Téngase en cuenta, además, que

cuando el capital y los derechos de voto resulten diversificados al menos en un veinticinco por ciento, en principio corresponde al administrador asumir la condición de titular real.

Llegados a este punto, igualmente se plantea si, en caso de discrepancia entre lo que resultaría de la base de datos como consecuencia de la transmisión y la manifestación responsable del administrador, el notario habría de implementar otras medidas de diligencia debida reforzada, y en su caso, en qué otras fuentes fiables independientes debería basarse para autorizar o denegar la transmisión⁸⁹. No parece sin embargo que la presentación del libro-registro de socios, del cual también se encuentra encargado el administrador, sirva para este objeto, aun cuando pueda tener un cierto carácter indiciario en caso de discrepancia⁹⁰. Estas cuestiones operativas tampoco parecen adecuadamente desarrolladas en nuestro régimen jurídico, en tanto que la regulación parece trasladar toda la carga informativa a la mera declaración responsable del administrador, lo cual resulta, por otra parte, contradictorio con las exigencias de veracidad y adecuación de la información reclamable a los sujetos obligados. En todo caso, la abstención del fedatario público tiene una trascendencia innegable, en cuanto la transmisión de las participaciones sociales no producirá efecto alguno frente a la sociedad⁹¹.

Con todo ello se ha de reflexionar sobre la inconveniencia de convertir a la Base de datos de titulares reales en un Registro paralelo de las funciones que convendría que quedaran encomendadas al Registro Mercantil. La Directiva sobre prevención hace referencia expresa a la habilidad de otros registros mercantiles o de un registro de sociedades en otros Estados miembro para cumplir con esta función. Si se mira bien, la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953 ya sujetaba la transmisión de participaciones a su inscripción en el Registro Mercantil⁹². Sin embargo, estas funciones quedaron excluidas con la Ley 19/1989, que modificó su artículo 20 y suprimió la necesidad de inscripción en los supuestos de transmisión de participaciones sociales, con lo que desde entonces únicamente es preciso su formalización en documento público⁹³. Esto no quita, sin embargo, para que las sociedades hayan de legalizar sus libros obligatorios en el Registro del lugar donde tuvieren su domicilio en los cuatro meses siguientes a la fecha de cierre del ejercicio, si bien se ha de señalar que tal legalización solo cumple una función formal.

No ocurre sin embargo lo mismo en otros países de nuestro entorno. Así en Francia la transmisión de las participaciones de la *société à responsabilité limitée*, a diferencia de la transmisión de acciones, ha de ser objeto de registro en el *registre du commerce et des sociétés* para ser oponible a terceros y también como formalidad necesaria para que sea oponible a la sociedad⁹⁴. El artículo L221-14 de su Code de Commerce requiere, a estos efectos, la oportuna modificación de los estatutos sociales. En Italia, donde la transmisión de las participaciones es en principio libre, en virtud del artículo 2469 de su *Codice civile*, la forma escrita solo tiene eficacia para su oponibilidad frente a la sociedad⁹⁵.

Pero en lo que aquí interesa, la escritura de transmisión se sujeta a intervención notarial, con autenticación de firmas, y con obligación del notario, en virtud del artículo 2470 del *Codice civile*, de su presentación, dentro los treinta días siguientes, en *Registro delle imprese* del domicilio social. La conocida como Ley Mancino de 12 de agosto de 1993, entre otros aspectos, reguló un sistema de transparencia en la cesión de participaciones y en la composición de la base social de las sociedades de capital⁹⁶. Posteriormente, la Ley de 28 de enero de 2009, con el fin de reducir los costes administrativos a cargo de las empresas y la evitación de duplicidades, pero también de discordancias, optó por eliminar la obligatoriedad del libro registro de socios⁹⁷.

En Alemania, en esta línea, la libertad de transmisión a un tercero y la falta de inscripción resulta integrada por la comprobación que ha de realizar el notario respecto del libro-registro de socios que ha de ser objeto de depósito en el Registro Mercantil. Así, a tenor del apartado segundo del artículo 40 de la *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, el notario que haya participado en cambios en la *Liste der Gesellschafter* debe enviar la lista tanto a la compañía como al *Handelsregister*. Tras la reforma de 23 de junio de 2017, por la que se traspone la Directiva, el apartado primero del artículo 40 exige, además, que los administradores comuniquen al Registro, a fin de su inscripción en el Registro específico para el control de los titulares reales de las personas jurídicas obligadas (*Transparenzregister*), la indicación del porcentaje de participación de cada socio, con inclusión de los datos identificativos que exige la Directiva. Esta mención es extensible a los datos de inscripción, en el registro que corresponda, de las sociedades que pasen a ser socios de la sociedad limitada y, cuando se trate de sociedades no inscritas, a los datos de sus socios⁹⁸. En todo caso, corresponde al notario certificar que las modificaciones reflejan los cambios habidos y que coinciden con el resto del contenido que conste en el Registro. Esta solución normativa debe completarse con el artículo 16, apartado primero, de la *GmbH-Gesetz* cuando señala que los socios tendrán tal consideración desde que consten en la *Liste der Gesellschafter* depositada en el Registro. La previsión normativa tiene relevancia, en suma, a efecto de conceder al comprador de las participaciones sociales legitimación para el ejercicio de cualquier acción legal como socio⁹⁹.

Por otra parte, la *Companies Act* inglesa, desde el 8 de agosto de 2017, regula de forma específica en su Sección 21.^a la información que la compañía ha de dispensar acerca de las personas que alcancen un control significativo. A este objeto, su artículo 790M trata la obligación de registro de esta información toda vez que la sociedad tenga conocimiento de esta situación. En su correlativo artículo 790N, además de la disponibilidad de la información en el Registro de personas con control significativo de la sociedad u otro autorizado al efecto, señala la necesidad de mantener tal información actualizada en el plazo de catorce días desde el conocimiento por parte de la sociedad o de alguno de sus miembros. Por esta vía la regulación del Reino Unido adopta una reforma

legislativa orientada a adaptar, de forma específica, las exigencias comunitarias en torno a la identificación del titular real, del beneficiario efectivo, o, según la terminología allí empleada, de la persona con control significativo¹⁰⁰.

Dentro de los intentos de regulación de la materia a nivel europeo, la malograda Propuesta de Reglamento del Consejo respecto del Estatuto de la Sociedad Privada Europea de 2008, en su artículo 16, además de establecer la forma escrita de la cesión de las participaciones de la SPE, recogía las reglas de eficacia y comunicación frente a la sociedad. Frente a terceros, la letra b de su apartado cuarto remitía la llevanza de la relación de socios al órgano de administración. Ahora bien, en la regulación de esta relación, el artículo 15, en su apartado tercero, reconocía expresamente el derecho de los socios y también de los terceros, previa solicitud a los administradores, a consultar la relación de socios y cualesquiera modificaciones de la misma. Esta solución, en todo caso, se ha de contrastar con la prevista en el artículo 105, apartado primero, de la Ley de sociedades de capital, que solo permite su comprobación a los socios y no la extiende, sin embargo, a los terceros¹⁰¹.

Con independencia de la ubicación del Registro central de prevención en el Registro Mercantil o en la sección dedicada al Registro de Bienes Muebles, no se puede negar que el control de contenido de los libros, tras las recientes modificaciones en la Ley de sociedades de capital, tendría gran utilidad en otros ámbitos de la regulación societaria¹⁰². Entre las modificaciones introducidas en la Ley de sociedades de capital, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, atribuye la convocatoria de la junta general solicitada por la minoría, cuando no sea atendida por los administradores, al registrador mercantil del domicilio social. Pero mal podrán los registradores llevar a cabo esta convocatoria, cuando además de solo poder verificar por vía de la escritura pública de adquisición de las participaciones sociales la condición de socio minoritario, en particular en los casos en los que la convocatoria se haya de efectuar de forma individual, no conozcan la identidad de los restantes socios. En tales circunstancias se vuelve a requerir la asistencia de los administradores sociales, disconformes con la celebración de la junta general, pues de otro modo la habrían voluntariamente convocado, dificultando, en suma, todo el procedimiento registral de convocatoria. La inscripción de cambio de titularidad de las participaciones sociales en el Registro facilitaría toda esta labor.

Con todo, distintos argumentos parecen actuar en favor y en contra de esta opción. Bien se podría decir que la dependencia de titularidades reales del Registro Mercantil podría llevar a la falta de inscripción de las transmisiones o incluso de la constitución de la sociedad. Desde esta última perspectiva es bien sabido que la falta de inscripción comporta la aplicación, cuando la actividad recaiga dentro del ámbito sustantivo mercantil, lo cual será lo más frecuente, de las normas de la sociedad colectiva. Y dentro de esta se ha de tener en cuenta que también son inscribibles los actos y contratos mediante los cuales un socio

colectivo transmite a otra persona el interés que tenga en la sociedad¹⁰³. En los restantes casos, la infracción de esta exigencia legal de inscripción en el Registro Mercantil comportaría la ineficacia de la transmisión frente a la sociedad en los mismos términos que contempla el artículo 112 de la Ley de sociedades de capital.

Por otra parte, la intervención del notario es considerada suficiente para conceder la necesaria seguridad jurídica. Dentro del doble filtro de legalidad que caracteriza a nuestro sistema jurídico respecto de los actos inscribibles, otro tanto podrían decir los registradores en el sentido contrario. Resulta meridiano que las declaraciones responsables de los administradores no constituyen manifestaciones de titularidad, que en su caso podría ser ajena, cuando tal condición corresponda a otra persona. A esto ya se ha hecho mención con referencia al interés del afectado por conocer la información que le afecte y que conste en la Base de datos notarial. De otro lado, la publicidad del Registro Mercantil, en lo que se refiere a las titularidades reales, deberá acomodarse a las limitaciones que pueden imponerse en materia de prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Sobre esto, por su trascendencia, volveremos en el apartado final del presente trabajo. Solo conviene avanzar en este punto que tal posibilidad podría llevar a que los accionistas de la sociedad anónima perdieran su anonimato, lo que, en cierta medida, podría afectar a las decisiones de inversión que no en todo caso se han de reputar ilícitas. Sea como fuere, trasluce en esta materia una continua tensión entre los intereses públicos, sostenidos a través de medidas de transparencia, y la protección de los derechos individuales de los socios y la privacidad de sus inversiones.

4. CASOS SINGULARES: SOCIEDADES UNIPERSONALES, SOCIEDADES PROFESIONALES Y SOCIEDADES LABORALES

Pero la inscripción en el Registro Mercantil de transmisiones de intereses sobre las sociedades no nos es tampoco una materia extraña. Así ha de constar, tal y como se ha apuntado, en los casos de la transmisión de las cuotas de los socios colectivos en estas sociedades y en las comanditarias simples. También en el marco más amplio de las Agrupaciones de Interés Económico, en cuya hoja registral ha de constar la admisión de nuevos socios y la transmisión de participaciones o de sus fracciones entre los socios¹⁰⁴.

Pero quizá no haga falta transitar fuera del marco de las sociedades de capital para encontrar situaciones de inscripción obligatoria. La exigencia de una declaración responsable del administrador sobre la titularidad casa mal con el supuesto, cada vez más frecuente en nuestra práctica societaria, de la creación o unificación del capital en una sola mano, lo cual da lugar a situaciones de unipersonalidad¹⁰⁵. La necesaria inscripción del socio único, con su identificación en el Registro, sin embargo, no contempla todas las informaciones

exigibles desde la regulación sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, por lo que bien cabría proceder a una adecuada integración de esta laguna normativa.

De otro lado, la regulación proyectada en la Unión Europea muestra una cierta preocupación por la identificación del titular real o, en otros términos, del «beneficiario efectivo». Así queda patente en el artículo 13 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las sociedades unipersonales privadas de responsabilidad limitada de 2014, cuando regula los trámites de registro de la SUP. Entre las menciones que los Estados miembro solo pueden exigir en su constitución, el artículo 13 de la Propuesta, en la letra d de su apartado primero, además del nombre, la dirección y cualesquiera otros datos necesarios para identificar al miembro fundador y, en su caso, al representante que registre la SUP en nombre del socio, añade los de identificación del beneficiario efectivo, si fuere distinto. Ello da buena muestra de las posibilidades de obtención del control de la sociedad por una vía distinta a la de la participación en el capital social¹⁰⁶.

De otra parte, la inscripción obligatoria de las sociedades se ha de cohonestar con la creación de nuevas y especiales formas sociales, subtipos de las generales, en las que la identidad de los socios va a ser relevante para su configuración. Así puede verse en las sociedades profesionales, reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo. Su régimen especial, respecto de la forma societaria «general» adoptada, vuelve al sistema primitivo de la Ley de sociedades de responsabilidad limitada de 1953 para exigir la inscripción de los cambios de la posición de socio en el Registro Mercantil, previo otorgamiento de escritura pública¹⁰⁷.

Otro caso particular lo constituyen las sociedades laborales. En este ámbito, la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de sociedades laborales y participadas, establece ciertos límites a la participación en su capital social. No obstante, estos no excluyen que se puedan dar situaciones de titularidad real, por superar el veinticinco por ciento que, con carácter general, impone la regulación preventiva del blanqueo de capitales, aun cuando en estas sociedades no tengan lugar situaciones de control a través de la participación mayoritaria de un socio en el capital social¹⁰⁸. Con todo, la Ley 44/2015 prevé que las transmisiones de acciones o participaciones que supongan un cambio de clase por razón de su propietario, previa inscripción en el Registro de sociedades laborales, han de ser también objeto de inscripción en el Registro Mercantil¹⁰⁹.

V. CAMBIO DE PARADIGMA TRAS LA ORDEN JUS/319/2018, DE 21 DE MARZO

Sentadas las limitaciones que para el Registro Mercantil entrañan las reglas relativas a la transmisión de la posición del socio, no obstante las situaciones

en las que deba quedar identificado, hasta fechas recientes el Registro Mercantil Central español no ha servido para dar publicidad del titular real¹¹⁰. En concreto, ni las transmisiones de acciones de las sociedades anónimas, ni de participaciones sociales de las sociedades limitadas quedan sujetas a inscripción registral, lo que ha impedido, a diferencia de otras jurisdicciones de nuestro entorno, que el Registro Mercantil haya sido un instrumento hábil para la identificación de las titularidades reales. Por consiguiente, en principio y salvo el régimen registral aplicable a ciertas sociedades especiales, los Registros Mercantiles territoriales solo tratan, a este efecto, la determinación de los socios que aparezcan en la constitución de las personas jurídicas, en las ampliaciones de su capital, o en la unipersonalidad sobrevenida, como actos sometidos a inscripción¹¹¹. Esto, sin embargo, contrasta con la función publicista que le es encomendada en relación con los datos obrantes en la hoja abierta de las sociedades mercantiles y de las demás entidades sujetas a inscripción¹¹².

Se ha encontrado, no obstante, una primera vía en materia de prevención, dada la necesidad de armonizar las denominaciones sociales a nivel internacional, mediante la introducción para las personas jurídicas, y especialmente para las sociedades, de un *Legal Entity Identifier* (LEI)¹¹³. En España, el Real Decreto-ley 14/2013, en su disposición adicional segunda, atribuye al Registro Mercantil la competencia para emitir y gestionar el Código de identificación de las entidades o personas jurídicas, una vez alcanzado el preceptivo convenio de colaboración entre la Dirección General de los Registros y del Notariado y el Banco de España. Con ello le asigna una función de prevención dentro de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, si bien limitada a la identificación común de todas las entidades a escala internacional. Esta tarea, sin embargo, no incluye las reglas de averiguación del titular real de las sociedades y del resto de entidades sujetas a inscripción¹¹⁴.

Este panorama ha cambiado radicalmente, sin embargo, tras la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, por la que se aprueban los nuevos modelos para la presentación en el Registro Mercantil de las cuentas anuales de los sujetos obligados a su publicación, que impone, a partir del ejercicio 2017, la presentación de una «declaración de titular real». Aun con cierto retraso respecto del plazo de trasposición de la Directiva 2015/849, mediante esta Orden se da cumplimiento a la necesidad de la fijación, según el artículo 30.3 de la Directiva, de un registro central público sobre la titularidad real, verbigracia un registro mercantil o un registro de sociedades¹¹⁵. De este modo, la identificación de la titularidad real respecto de las entidades sujetas a inscripción ha quedado articulada a través de las reglas de presentación a depósito de las cuentas anuales y no mediante un mayor control de contenido de los libros registros de socios, al menos de las sociedades cerradas, según el principio registral de tracto sucesivo.

La inserción de la «declaración de titular real» entre los documentos a presentar junto con los que conforman las cuentas anuales, constituye una in-

formación de carácter extracontable, como lo es, también, la información de carácter no financiero u otros documentos que han de acompañar a las cuentas, como la instancia de presentación, la hoja de datos generales, la declaración medioambiental o el modelo de autocartera¹¹⁶. En línea con lo especificado para las entidades sujetas a esta obligación de información, en concreto para las sociedades a través de la obligación de formulación de las cuentas por parte de los administradores, este documento tan solo debe acompañar a las cuentas individuales, no así a las cuentas consolidadas. En todo caso, dentro del fenómeno de los grupos de sociedades esta obligación se extiende a la identificación del titular real indirecto, en todo caso, persona física que se sitúe como «beneficiario último» de la filial. En tal sentido y en relación con la llevanza del aludido código LEI, la interposición de estructuras societarias u otras entidades, que pueden tener carácter internacional, impone su identificación a través de código LEI, si lo tuviera, y de otros datos disponibles, como su código de identificación extranjero, su denominación social, su código de nacionalidad según la norma ISO 3166-2, su domicilio social y sus datos registrales. De otro lado, la falta de la identificación de un titular real, por no alcanzar el umbral legal, conlleva la remisión de tal condición a los administradores, como «titulares asimilados», lo que obliga, a su vez, a atender a la inscripción que conste en el Registro Mercantil.

Adicionalmente, la exención para las sociedades cotizadas no excluye la presentación por aquellas otras sociedades cuyas acciones coticen en mercados alternativos, todo con independencia de que las sociedades u otros sujetos obligados al depósito de sus cuentas anuales hayan de presentar cuentas normales o abreviadas, o lo hagan en papel o en soporte electrónico¹¹⁷. A través de este medio de comunicación, la regulación patria da una mejor respuesta a la propuesta de Directiva, que sustituye el texto del apartado quinto del artículo 14 de la Directiva 2015/849, a fin de exigir medidas actualizadas de información sobre el titular real. Según esta previsión, el sujeto obligado, una vez transcurrido un año, y atendidas las circunstancias concurrentes, ha de requerir al cliente nueva información acerca de su titular real. Esta periodicidad se cumple a través de la información que el administrador, en las sociedades sometidas a inscripción, ha de presentar junto con las cuentas. En este marco, la Orden JUS/319/2018 solo impone la cumplimentación del formulario sobre el titular real, en los ejercicios sucesivos a la primera constancia, cuando haya algún cambio en tal condición.

De otro lado, constituye un elemento nuclear del sistema la información que el Registro Mercantil haya de dispensar a los usuarios con motivo de la declaración de titular real. En todo caso, esta publicidad de carácter formal, que por lo tanto se sujeta al régimen previsto en el artículo 23 del Código de Comercio y en el artículo 77 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil, ha de sujetarse a los requerimientos del artículo 30.3 de la Directiva 2015/849 sobre la protección de datos de carácter personal¹¹⁸. Con todo, esta es una

materia que queda de nuevo sujeta a la manifestación del administrador, como mera declaración de veracidad. Pero, además, el artículo 30.5 de la Directiva incorpora, entre los destinatarios, a las personas u organizaciones que puedan demostrar un interés legítimo y, respecto de los derechos de acceso, establece, como contenido mínimo, el nombre y apellidos, mes y año de nacimiento, la nacionalidad y el país de residencia del titular real, así como la naturaleza y alcance de su participación¹¹⁹. Pese a esta previsión europea, la regulación patria sobre prevención no dice nada acerca del acceso a esta información por quienes puedan tener un interés legítimo ni ordena los criterios de su publicidad que, de otra parte, queda sometida a las reglas relativas a la protección de datos de carácter personal¹²⁰.

VI. CONSIDERACIONES FINALES. INFORMACIÓN SOBRE EL «TITULAR REAL»: ENTRE EL INTERÉS PÚBLICO Y LA PROTECCIÓN PRIVADA

I. De lo visto hasta ahora se advierten las dificultades para ordenar un justo equilibrio entre las funciones de diligencia debida exigibles a los sujetos obligados por la normativa de prevención y los deberes de comunicación que recaen sobre los administradores sociales, todo a fin de mantener suficientemente actualizada la información sobre titularidades reales. En este sentido, los sujetos obligados, intermediarios en la contratación, se ven constreñidos a no mantener «relaciones de negocio» o a no dar curso a aquellas operaciones en las que la estructura de propiedad o de control de las personas jurídicas no haya podido quedar determinada; y todo ello so pena de quedar sometidos, dentro de su régimen administrativo sancionador, a la infracción grave prevista para el incumplimiento de las obligaciones de identificación del titular real¹²¹. Pero, por el contrario, en determinados casos, pueden dar por buenas las manifestaciones responsables de los representantes de las personas jurídicas.

En este contexto, no parece que la solución planteada, junto con las insuficientes medidas de coordinación de diferentes bases de datos de distinta procedencia, donde pueden presentarse contradicciones, sea plenamente satisfactoria. En este marco de relaciones se ha de tener presente, con todo, que nos hallamos en un entorno especialmente sensible con aquellas cuestiones que afectan al orden público, y más en concreto, al orden socio-económico. Si se parte de los principios de transparencia, responsabilidad e integridad que han de regir la identificación y determinación de la titularidad real de las sociedades y otras entidades que realicen actividades económicas en el tráfico mercantil, también se han de respetar las exigencias derivadas de los derechos individuales de los socios o de quienes pueden aparecer como titulares reales o beneficiarios efectivos en estos Registros. De otro modo se podrían ver vulnerados sus derechos

sobre protección de datos, a mayor abundamiento cuando no intervengan, al menos de forma directa, en las operaciones que dan lugar a su incorporación.

II. En estos casos también resulta conveniente distinguir entre unos intereses afectados a un doble nivel. No parece generar controversia alguna, o quizá sí¹²², que las autoridades públicas pueden utilizar las informaciones contenidas en los registros centralizados solo a los efectos de la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo. Tal utilización puede que no sea tan prístina en el supuesto de su utilización por determinados sujetos obligados, que pueden llegar así a obtener cierta información privilegiada, no accesible al público, con pretensiones concurrenciales en el mercado que puedan dar lugar a situaciones de competencia desleal.

Por último, no parece quedar bien definida en nuestra regulación el acceso que pueda darse a quien pretenda tener un «interés legítimo» en su conocimiento. En principio, bien pudiera parecer que, tratándose de sociedades de capital, pueden asumir tal condición, en primer lugar, los socios minoritarios, ajenos al control de la entidad. Sin embargo, también cabe advertir que las reformas para la mejora del gobierno corporativo han tendido a exigir, en determinados casos, en particular en el régimen de impugnación de acuerdos, una cierta participación sobre el capital social para el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de socio.

La regulación no clarifica que esta legitimación pueda llegar, en aras a una transparencia del completo sistema financiero, a cualquier interesado. Ahora bien, las reglas de información del mercado de valores parecen colmar en cierta medida esta necesidad. Pero fuera del marco de las sociedades cotizadas, el resto de sociedades parece que se haya de regir por sus propias normas en la búsqueda de un equilibrio entre los derechos de privacidad de los socios, en particular en las sociedades anónimas, a fin de no desvirtuar su carácter, y las exigencias de una adecuada ordenación del mercado. En tal sentido parece que merezcan igual protección aquellos terceros de buena fe que mantengan cualquier relación empresarial o realicen transacciones financieras con entidades, que a la postre, resulten sometidas al marco de las sanciones derivadas del blanqueo de capitales.

III. En el estado actual de la cuestión, la primera versión final de la Directiva aumentaba ampliamente las aspiraciones de protección del orden público. Apuntaba así la conveniencia de un acceso abierto y la divulgación obligatoria de determinada información sobre la titularidad real de las sociedades en favor de aquellos terceros que desearan hacer negocios con las sociedades afectadas por su regulación. A ello se unía la adopción de medidas de coordinación entre los Registros centrales nacionales, a fin de evitar distintos niveles de protección de los terceros afectados dentro el mercado interior de la Unión. Es más, hacía extensible tal conocimiento incluso a la «prensa o las organizaciones de la sociedad civil», al paso que destacaba, mediante la denuncia pública, su

labor de patrocinio de «la confianza de los inversores y los ciudadanos en los mercados financieros».

Pero en la línea de la regulación en vigor, la propuesta de Directiva, en su última versión, mantiene la necesidad de alcanzar un ajustado equilibrio entre el interés público, expresado en la transparencia societaria resultante de la prevención del blanqueo de capitales, y los derechos fundamentales de los interesados. Para ello, las informaciones accesibles han de evitar eventuales perjuicios a los titulares reales e injerencias indebidas en su vida privada, en relación a la protección de sus datos personales. De este modo, las informaciones accesibles, que han de estar correctamente definidas y tener un carácter general, han de quedar acotadas al ámbito de la actividad económica de la sociedad. Por lo tanto, la normativa sobre la prevención no debe ser intrusiva al punto de disuadir a los potenciales inversores con propósitos legítimos de participar en las sociedades de capital en las que, como resultado, asuman la condición de titular real o beneficiario efectivo.

No obstante, estas previsiones programáticas de un mayor escrutinio público de la titularidad real, como medida de transparencia de los mercados y a fin de prevenir el uso indebido de las estructuras jurídicas, y no solo en el ámbito del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sino del más amplio de la elusión fiscal, son rebajadas en la posición de negociación del Consejo sobre el proyecto de Directiva de diciembre de 2016 y en el posterior documento de la Presidencia de diciembre de 2017. Vuelven así a incidir en que esta información permanezca disponible en favor de las personas o las organizaciones que puedan demostrar un interés legítimo para acceder a la información sobre el beneficiario. Pero al mismo tiempo traslada la relevante definición del «interés legítimo», seguramente por la falta de consenso al respecto, a cada uno de los Estados miembro, en relación con la tipología de instrumento o persona jurídica de que se trate. En consecuencia, y como mejor solución a este conflicto relativo al acceso a la información en los registros centralizados de titularidad real, remite a la regulación estatal la fijación del sistema de recursos contra las decisiones que concedan o nieguen el acceso a la información sobre el «beneficiario real»¹²³.

IV. Es más, a fin de mejorar aún más la transparencia de las transacciones comerciales y en el sistema financiero, los Estados miembros pueden conceder un acceso público más amplio a la información sobre el titular real, siempre que, en consonancia con lo hasta ahora apuntado, respeten la protección de los derechos fundamentales de las personas y, en particular, las reglas de protección sobre datos personales. A tal efecto, los Estados pueden establecer sistemas de identificación respecto de aquellas personas que soliciten información del Registro¹²⁴. En este orden de cosas, el apartado quinto del artículo 30 de la Directiva tiene prevista su modificación en el sentido de imponer el acceso a cualquier «persona u organización que pueda demostrar un interés legítimo» y permitir que los Estados puedan ampliar la legitimación subjetiva para el acceso de la información sobre

la titularidad real. No ocurre así, sin embargo, respecto de su ámbito material. De otro lado, permite el registro de las solicitudes de información, de conformidad con la regulación sobre protección de datos de carácter personal.

Parece así que la legislación comunitaria ha alcanzado un punto de equilibrio entre el orden público y la autonomía privada más depurado que en anteriores Directivas y versiones de propuesta de una nueva Directiva de prevención. Pero tampoco es esta una cuestión que nos resulte extraña dentro del moderno Derecho de sociedades de nuestro tiempo. El artículo 40 de nuestro Código de Comercio, modificado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, también permite la designación de auditores cuando sea acordada por el secretario judicial o el registrador mercantil del domicilio social del empresario a instancia de petición fundada de quien acredite un interés legítimo. La solicitud, en este caso de la auditoría, se ha de tramitar de acuerdo a lo previsto en su Reglamento y la resolución que se dicte sobre su procedencia o improcedencia podrá ser recurrida ante el juez de lo mercantil.

Con ello se vuelve a poner en el centro de la escena al Registro Mercantil, como órgano mejor situado para valorar estas circunstancias. Nada obsta, por lo tanto, desde la perspectiva ritual, para que este mecanismo, por la seguridad que aporta, pudiera ser incorporado *mutatis mutandis*, en atención a los distintos criterios de apreciación del «interés legítimo», a la información relativa a la titularidad real de las sociedades y de otras entidades inscritas. Y ello sin necesidad de procurar un acceso indiscriminado a cualquier persona que desee obtener información sobre la titularidad real o el beneficiario efectivo, si seguimos otras denominaciones de Derecho comparado. Pero para que esto sea así el Registro Mercantil ha de retomar el protagonismo del que otrora gozara como sistema publicista de las situaciones relevantes que atañen a las sociedades y a otras entidades sujetas a inscripción. En tal sentido parece avanzar la declaración de titular real que impone la Orden JUS/319/2018 junto con la presentación de las cuentas anuales para los ejercicios cerrados con posterioridad a 2017. No obstante, un posterior desarrollo del régimen de su publicidad, de conformidad con las previsiones de reforma en la legislación preventiva comunitaria, ha de mejorar todo este equilibrio de intereses públicos y privados en presencia.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 3 de diciembre de 1999
- RDGRN de 12 de julio de 2002
- RDGRN de 29 de enero de 2003
- RDGRN de 13 de marzo de 2013 (núm. 3987)
- RDGRN de 9 de marzo de 2015 (núm. 3791)
- RDGRN de 16 de julio de 2015 (núm. 10268)

- RDGRN de 10 septiembre de 2015 (núm. 10543)
- RDGRN de 30 de octubre de 2017 (núm. 13611)
- STS de 19 de junio de 2012 (núm. 998)
- STS de 5 de octubre de 2016 (núm. 597)
- STS de 7 de octubre de 2016 (núm. 611)
- STJUE de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05)
- STJUE de 25 de abril de 2013 (C-212/2011)
- STJUE de 8 de abril de 2014 (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12)
- STJUE de 10 de marzo de 2016 (C-235/14)
- STEDH de 6 de diciembre de 2012

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO UREBA, A., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., PERDICES HUETOS, A., GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, I. (2010). *Transparencia Accionarial y Buen Gobierno Corporativo*, Madrid: Centro de Gobierno Corporativo.
- ANDRÉ, C. (2011). Regards critiques sur le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux: les obligations de vigilance et de déclaration des professionnels de l'expertise comptable et du commissariat aux comptes. *Revue internationale de droit économique*, vol. 25, núm. 1, 75-112.
- ANDREU MARTÍ, M. M. (2014). Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la Ley de Sociedades Laborales. *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 25, 313-342.
- BAENA BAENA, P. J. (2016). Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [artículos 206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b) LSC]. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 533-573.
- BARTELENA, A. (2011). Efficacia del trasferimento della partecipazione nei confronti della società. En *SRL Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*. Milán: Giuffrè, 358-367.
- BAYER, W. (2012). Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter. En: M. LUTTER, P. HOMMELHOFF, et al. *GMBH-Gesetz: Kommentar*. 18.^a ed. Colonia: Dr. Otto Schmidt, 570-617.
- BAUMBACH, A., y HUECK, A., et al. (2013). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*. 20 ed. Munich: C.H. Beck.
- BOLDÓ RODA, C. (2008). Algunas notas acerca de la nueva regulación de la información y publicidad de las participaciones significativas en las sociedades anónimas cotizadas (Ejemplar dedicado a la nueva regulación de las OPAs). *Noticias de la Unión Europea*, núm. 285, 21-32.
- CARRASCO PERERA, Á. (2003). ¿Es posible o necesaria la inscripción en el Registro de Bienes Muebles para la constitución de prendas sobre acciones y participaciones sociales? *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, versión digital BIB\2003\710.

- COZIAN, M., VIANDIER, A., y DEBOISSY, F. (2013). *Droit des sociétés*, 26 ed. París: LexisNexis.
- D'INNOCENZO, S. (2014). Le funzioni della normativa anticiricclaggio in rapporto all'efficienza e alla stabilità del sistema finanziario e all'abbassamento della rischiosità sistémica. *Rivista Banca Impresa Società*, núm. 3, 2014, 423-454.
- DE ANDRÉS PÉREZ, S. (2016). Principales novedades de la cuarta directiva sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En: C. Almagro Martín (dir.). *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 213-226.
- DE CARLOS BERTRÁN, L. (1991). Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 201, 489-504.
- DEL VAL TALENS, P. (2017). *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons.
- ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016). El derecho a conocer datos de los accionistas de sociedades cotizadas. En *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 613-647.
- ESPINOSA INFANTE, J. M. (2012). *La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito notarial*. Madrid: Dykinson.
- FABRA VALLS, M. (2015). Otras disposiciones. En: C. Vidales Rodríguez (dir.)/ M. Fabra Valls (coord.). *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 239-263.
- (2015). El control interno. En: C. Vidales Rodríguez (dir.)/ M. Fabra Valls (coord.). *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 149-201.
- FELIÚ REY, J. (2012). *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*. Madrid: Marcial Pons.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2008). *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- (2013). Los problemas societarios y de gobierno corporativo del llamado «voto vacío» («empty voting»). *Revista de Derecho mercantil*, núm. 289, 153-214.
- FERNÁNDEZ LOZANO, J. L., Blanqueo de capitales: especial consideración de las obligaciones de los profesionales y empresarios que intervienen en el sector inmobiliario. *La notaría*, núm. 16, 2005, 137-176.
- FERRANDO VILLALBA, M. L. (2016). Caracterización jurídica de las acciones y las acciones y las participaciones sociales. Documentación. Transmisión. En: J. M. Embid Irujo (dir.). *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons, 131-150.
- FURGIUELE, L. (2013). *Trasferimento della partecipazione e legittimazione nelle società di capitali*. Milán: Giuffrè.
- GARCÍA-CRUCES, J. A. (2010). Administradores sociales y administradores de hecho. En: J.C. Sáenz García de Albizu et al. (coords.). *Estudios de Derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Cizur Menor (Pamplona): Civitas-Thomson Reuters, 527-561.
- GIMENO RIBES, M. (2015). Derecho de voto, interés social y estrategias en los mercados bursátiles: las situaciones de voto vacío. *La Ley Mercantil*, núm. 13, 10-24.

- GIRÓN TENA, J. (1971). Los cambios de socios en las sociedades de personas. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Garrigues*. I. Madrid: Tecnos, 139-166.
- GRIMALDOS GARCÍA, M.I. (2015). Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232. En: Hernando Cebriá, L. (coord.). *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo*. Madrid: Bosch, 307-364.
- HEIDINGER, A. (2015). *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*. II. Munich: C.H. Beck.
- HUERTA VIESCA, M. I. (2010). Práctica y crítica de las obligaciones de las entidades de crédito respecto de sus clientes en prevención del blanqueo de capitales. *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 117, 2010, 117-140.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2015). *La prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un derecho internacional global*. Granada: Comares.
- KRAIS, J. (2015). Zu den Neuregelungen der 4. EU-Geldwäscherichtlinie. *Corporate Compliance-Zeitschrift, Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 251-256.
- NOUGAYRÈDE, D. (2017). The Use of Offshore Companies in Emerging Market Economies: A Case Study. *Columbia Journal of European Law*, vol. 23, núm. 2, 2017, 401-438.
- MARASÀ, G. (2009). Soppressione del libro dei soci nella s.r.l. e sue conseguenze. *Rivista di diritto civile*, vol. 55, núm. 6, 647-662.
- MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M. (2012). La transmisión de la condición de socio profesional. En: M. Sánchez Ruiz (coord.). *Las sociedades profesionales. Estudios sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo*. Madrid: Civitas Thomson Reuters, 121-163.
- MELI, V. (2011). Efficacia del trasferimento della partecipazione nei confronti dei terzi. En *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*. Milán: Giuffrè, 368-376.
- MET-DOMESTICI, A. (2015). Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment d'argent dans l'Union européenne. *Revue de l'Union Européenne*, núm. 587, 217-230.
- MÜLLER, N. (2017) Das Geldwäscheregister nach Artikel 30 und 31 der Vierten Geldwäscherichtlinie und seine Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 128, núm. 4, 1021-1088.
- NOVAL PATO, J. (2012). *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- PASTOR SEMPERE, M. C. (2016). Sociedad unipersonal. En: J. M. Embid Irujo (dir.). *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons (547-571).
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C. (1993). *La responsabilidad del socio colectivo*. Madrid: Civitas.
- PEÑA ZAFRA, M. (2016). Vinculación entre protección de datos de carácter personal y prevención de blanqueo de capitales. En: C. Almagro Martín (dir.). *Estudios so-*

- bre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 227-240.
- PERDICES HUETOS, A. (2000). *El libro de registro de socios: la legitimación del socio en las sociedades de capital*. Madrid: Civitas.
- (2010). Funciones de los registros de accionistas como instrumentos de legitimación y autenticación en las relaciones emisor-inversor. En *Transparencia Accionarial y Buen Gobierno Corporativo*. Madrid: Centro de Gobierno Corporativo, 25-55.
- PETRELLI, G. (2009) La soppressione del libro soci delle s.r.l. *Le società*, núm. 4, 425-236.
- PLASENCIA VELASCO, R. (2015). Novedades del régimen de notificación de participaciones significativas en sociedades cotizadas. *Revista de Derecho del mercado de valores*, núm. 17, 2015, 1-11.
- RECALDE CASTELLS, A. J. (2011). Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas. En: L. M. Piloñeta Alonso, y M. Iribarren Blanco, (coords.). *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Civitas Thomson-Reuters, 727-756.
- REICHERT, J., y WELLER, M. P. (2009). Übertragung und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftanteilen nach dem MoMiG. En W. Goette/ M. Habersack (dirs.). *Das Momig in Wissenschaft und Praxis*. Colonia: RWS-Verl. Kommunikationsforum, 79-105.
- RIVAS RUIZ, A. (2014). La base de datos de titularidad real. *El Notario del siglo XXI*, núm. 56, 2014.
- ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. (2009). *Las sociedades profesionales de capitales*. Madrid: Marcial Pons.
- SÁNCHEZ STEWART, N. (2016). Secreto profesional, asesoramiento jurídico y prevención del blanqueo de capitales. En: C. Almagro Martín (dir.). *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (105-122).
- SÁNCHEZ MARTÍN, M. A. (2017). *Tratado sistematizado de prevención del blanqueo de capitales para profesionales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- SHEPHERD, K. L. (2010). Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach to Client Due Diligence. *Journal of The Professional Lawyer*, 80-142.
- SPADA, P. (1994). La «legge Mancino» e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzione di polizia. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, núm. 92, I, 283-295.
- VALMAÑA CABANES, A. (2015). *Régimen jurídico del protocolo familiar*. Granada: Comares.

NOTAS

¹ Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

² Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales

o la financiación del terrorismo, cuya trasposición para los países miembros concluyó el 26 de junio de 2017, y la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, y por la que se modifica la Directiva 2009/101/CE de 5 de julio de 2016 (COM(2016) 450 final 2016/0208), tras la toma de posición de negociación del Consejo de 19 de diciembre de 2016 para el inicio de las negociaciones con el Parlamento Europeo sobre la versión definitiva de la Propuesta, que ha dado lugar al documento de acuerdo con la Presidencia de 19 de diciembre de 2017.

³ Véase que la propuesta de Directiva, en su versión de 5 de julio de 2016 (COM(2016) 450 final), preveía la rebaja del umbral del «indicio de titularidad» a una participación de un diez por ciento del capital social para las «entidades no financieras pasivas», esto es, carentes de auténticos fines comerciales y de actividad económica, en concreto, por el riesgo de su utilización como estructuras intermediarias entre los activos y el titular real último.

⁴ Pese a la controversia que el *Brexit* supone respecto de la adecuación de la regulación de Gran Bretaña al entorno de Unión Europea, en particular en cuanto afecte a determinados territorios sometidos a su Corona, puede ser sumamente útil, a estos efectos, tanto la Guía para el Registro de «personas con control significativo» en compañías registradas y no registradas de junio de 2017, a la que se hará referencia en las notas sucesivas como la *Guidance («Register of People with Significant Control: Guidance for Registered and Unregistered Companies, Societates Europaeae, Limited Liability Partnerships, and Eligible Scottish Partnerships (Scottish Limited Partnerships and Scottish Qualifying Partnerships)»*, versión 4, *Department for Business, Energy & Industrial Strategy*), como el Borrador de guía legal sobre el significado de «influencia o control significativo» en las *Limited Liability Partnerships* en el contexto del registro de personas con un control significativo (*Draft Statutory Guidance on the meaning of «significant influence or control» over Limited Liability Partnerships in the context of the Register of People with Significant Control*). Téngase también en cuenta la modificación que la Ley de pequeñas empresas, empresas y empleo de 2015 (*Small Business, Enterprise and Employment Act 2015 c. 26*) ha supuesto en la Companies Act de 2006, en particular su artículo 12A, respecto de la declaración en las compañías registradas del control significativo inicial (*Statement of initial significant control*), en general en su capítulo 21A (*Partículo 21A Information about people with significant control*), y en su artículo 853 respecto del deber de remitir los cambios referidos a las personas que tengan un control significativo sobre la compañía en relación con la declaración anual de confirmación (*Duty to deliver information about people with significant control*).

⁵ Sobre los problemas que la interposición de estructuras societarias o de otro tipo conlleva a efectos de la determinación del titular real o beneficiario último, donde también pueden ser objeto de consideración los administradores, o incluso los altos directivos de las entidades, KRAIS, J. (2015). *Zu den Neuregelungen der 4. EU-Geldwäscherichtlinie. Corporate Compliance-Zeitschrift, Zeitschrift zur Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 251-256, 254.

⁶ En este punto, el artículo 3 de la Directiva 2015/849 define al titular real como «la persona o personas físicas que en último término tengan la propiedad o el control de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta de un porcentaje suficiente de acciones o derechos de voto o derechos de propiedad en dicha entidad, incluidas las carteras de acciones al portador, o mediante el control por otros medios, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información acordes con el Derecho de la Unión o a normas internacionales equivalentes que garanticen la adecuada transparencia de la información sobre la propiedad» y considera que «el hecho de que una persona física tenga una participación en el capital social del 25% más una acción o un derecho de propiedad superior al 25% en el cliente será un indicio de propiedad directa».

⁷ Cfr., artículo 530 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, tras la Ley 25/2011, de 1 de agosto, de reforma parcial de la Ley de Sociedades de Capital y de incorporación de la Directiva 2007/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, sobre el ejercicio de determinados derechos de los accionistas de sociedades cotizadas. También fuera de este

ámbito, por todos, FELIÚ REY, J. (2012). *Los pactos parasociales en las sociedades de capital no cotizadas*. Madrid: Marcial Pons; y, en particular, respecto de las relaciones entre los acuerdos entre todos los socios respecto de los acuerdos estatutarios, NOVAL PATO, J. (2012). *Los pactos omnilaterales: su oponibilidad a la sociedad. Diferencias y similitudes con los estatutos y los pactos parasociales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi. La publicidad que el artículo 532 de la Ley de sociedades de capital impone en las cotizadas a los términos de los pactos parasociales que tengan por objeto, entre otros, el ejercicio del derecho de voto en las juntas generales, a través de su depósito en el Registro Mercantil en el que la sociedad esté inscrita y como hecho relevante a través del Registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ya tuvo un precedente en las sociedades no cotizadas con el acceso al Registro mercantil de los protocolos familiares, así llamados por el sesgo familiar que tienen en nuestra estructura económica estas sociedades, frente a los meros acuerdos de socios (*shareholders' agreements*). Más ampliamente, VALMAÑA CABANES, A. (2015). *Régimen jurídico del protocolo familiar*. Granada: Comares; y antes, desde su perspectiva registral, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2008). *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.

⁸ Artículo 22, apartados 1 a 5, de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013.

⁹ Junto a los criterios de los derechos de voto de los accionistas o de los socios y de la facultad de designar o cesar a la mayoría de los miembros del órgano de administración, el artículo 22 de la Directiva 2013/34/UE, en la preparación de estados financieros consolidados, incorpora «el derecho a ejercer una influencia dominante sobre una empresa (empresa filial), de la que es accionista o socia, en virtud de un contrato celebrado con ella o en virtud de sus estatutos o de una cláusula estatutaria de esa empresa» e incluso considera que «no es necesario que los Estados miembro exijan que la empresa matriz sea accionista o socia de su empresa filial». Además, con carácter general, autoriza que los Estados miembros puedan exigir a toda empresa sujeta a su Derecho nacional la elaboración de estados financieros consolidados y de un informe consolidado de gestión cuando pueda ejercer o ejerza efectivamente una influencia dominante o el control sobre otra empresa o si esta (la empresa filial) se halla bajo la dirección única de la sociedad matriz.

¹⁰ Sobre su consideración como guardianes (*gatekeepers*) del sistema, por su posición para detectar la existencia de flujos ilícitos en el momento de las transacciones económicas, y la evolución normativa en el ámbito internacional, SHEPHERD, K.L. (2010). *Guardians at the Gate: The Gatekeeper Initiative and the Risk-Based Approach to Client Due Diligence*. *Journal of The Professional Lawyer*, 80-142, 88-9.

¹¹ Así lo reconoce la *Guidance* sobre el «Registro de personas con control significativo» del Reino Unido, 22, apartado 3.4, cuando admite la declaración según la cual la compañía manifieste su conocimiento o tenga motivos suficientes para considerar que no existe persona física o jurídica que pueda ser considerada persona de control significativo; ahora bien, como la *Guidance* establece expresamente, 14, apartado 2.3.3, el Registro de la compañía en ningún momento puede quedar sin constancia o vacío. Lo anterior ha de ser diferenciado de aquel otro supuesto, según el apartado 8.9.3 y el anexo 2, en el que la compañía manifieste su conocimiento o tenga motivos suficientes para considerar que sí que existe persona física o jurídica que pueda ser considerada persona de control significativo, pero no haya podido identificarla o no haya podido obtener los datos necesarios para cumplir con las exigencias de la regulación sobre la prevención del blanqueo de capitales.

¹² Acerca de la necesidad, en todo caso, de buscar en la cadena de propiedad hasta la identificación de la persona física, o al menos de la persona jurídica más allá de la cual no se pueda conocer el titular último, también la *Guidance* sobre el «Registro de personas con control significativo» del Reino Unido, 41, en su apartado 7.6.3.

¹³ Sobre el régimen de la responsabilidad solidaria del representante, persona física, del administrador persona jurídica en nuestro Derecho, más ampliamente, DEL VAL TALENS, P. (2017). *El administrador persona jurídica en las sociedades de capital. Organización, estatuto y responsabilidad*. Madrid: Marcial Pons, 348 sigs.

¹⁴ Sin embargo, como bien advierte NOUGAYRÈDE, D. (2017). *The Use of Offshore Companies in Emerging Market Economies: A Case Study. Columbia Journal of European Law*, vol. 23, núm. 2, 2017, 401-438, 426-7 y 434-5, la interposición de entidades pantalla en otros Estados y la utilización de hombres de paja dan cuenta de la inhabilidad de la figura de los administradores independientes para evitar operaciones fraudulentas por parte del beneficiario último. En aras a la evitación de la responsabilidad, apunta, dentro de los distintos regímenes nacionales del Derecho de sociedades, la contratación de seguros de responsabilidad civil, el establecimiento de personas jurídicas como administradores y la asunción de sus responsabilidades, de acuerdo con las reglas que rigen sus deberes fiduciarios, por la sociedad que gestionan.

¹⁵ A efectos meramente ejemplificativos el SEPBLAC ha elaborado diversos catálogos de operaciones de riesgo. En el dirigido a los profesionales se incorpora un apartado referido a los riesgos asociados a las personas jurídicas, entre los que incluye: «a) Constitución de sociedades o ampliaciones de capital con aportaciones no dinerarias en las que los bienes aportados (participaciones o acciones de otras sociedades, material de oficina,...) sean de difícil valoración, sin explicación lógica. b) Constitución simultánea de varias sociedades en las que intervenga una misma persona física o jurídica cuando no presente lógica económica o concurren circunstancias anómalas (por ejemplo, socios o administradores no residentes, intervención de menores o incapacitados). c) Constitución de sociedades en las que se trata de evitar la declaración de unipersonalidad otorgando participaciones testimoniales inferiores a 1%. d) Constitución de sociedades, o ampliaciones de capital, con aportaciones no dinerarias consistentes en inmuebles cuya valoración no tenga en cuenta la revalorización de activos en términos de precio de mercado. e) Constitución de sociedades con la única finalidad de que los bienes figuren a su nombre, interponiendo un testafarro al frente de ellas vinculado con el verdadero titular, sin razón justificada. f) Aportación de inmuebles al capital social de una sociedad que no tenga establecimiento abierto al público en territorio nacional, sin explicación lógica. g) Trasmisiones de acciones o participaciones sociales fuera de mercados organizados entre no residentes acordándose que el precio, la forma de pago y demás condiciones de la operación se han realizado en el extranjero confesando haber recibido el precio con anterioridad y entregando eficaz carta de pago. h) Venta de acciones o participaciones a personas sin ninguna relación razonable con los anteriores accionistas en un periodo breve con posterioridad a la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil. i) Adquisición de empresas en liquidación cuando por las circunstancias concurrentes no tenga lógica económica. j) Operaciones realizadas por entidades sin personalidad jurídica propia, bien por su naturaleza (Fiducia, Herencia Yacente, Comunidad de bienes,...), bien por tratarse de una situación temporal (Sociedades en formación o irregulares,...), en las que la operativa es ostensiblemente incoherente con el tamaño o actividad de las mismas. k) Utilización de cadena de sociedades sin razón lógica». En relación con el riesgo asociado a sus representantes o administradores añade «a) Otorgamiento de poderes por personas residentes a favor de personas no residentes, particularmente si estas residen en paraísos fiscales, para la adquisición, enajenación, donación de bienes o el manejo o transferencia de fondos en territorio nacional. b) Nombramiento de administradores en los que se aprecie manifiestamente que no concurre la competencia o la idoneidad necesarias para el desempeño del cargo. c) Nombramiento del mismo administrador único o solidario con carácter simultáneo en varias sociedades sin motivación aparente. d) Nombramiento de administrador a personas físicas o jurídicas nacionales o domiciliadas en países o territorios de riesgo. e) Nombramiento de administrador ajeno a los partícipes o promotores de la sociedad si manifiestamente desconoce la actividad y objeto de la empresa. f) Persona que regularmente aparece en constituciones de empresas que de inmediato pasan a otra persona». Acerca de la utilización de testafarreros y la ocultación del cliente real, asimismo, HUERTA VIESCA, M. I. (2010). *Práctica y crítica de las obligaciones de las entidades de crédito respecto de sus clientes en prevención del blanqueo de capitales. Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 117, 2010, 117-140, 134.

¹⁶ Cfr. artículo 3 y sigs. Ley 10/2010.

¹⁷ Cfr., artículo 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y la lucha contra el fraude.

¹⁸ Se refiere así a este sistema, basado en riesgos e indicios, como una «autorregulación regulada», JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2015). *La prevención y la lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción: interacciones evolutivas en un derecho internacional global*. Granada: Comares, 198 y sigs. Alude, por su parte, a un «principio de colaboración activa», D'INNOCENZO, S. (2014). Le funzioni della normativa antiriciclaggio in rapporto all'efficienza e alla stabilità del sistema finanziario e all'abbassamento della rischiosità sistémica. *Rivista Banca Impresa Società*, núm. 3, 2014, 423-454, 445.

¹⁹ Artículo 31 de la Ley 10/2010, en relación con las medidas de transparencia en las relaciones con los clientes, contenidas en la Directiva 2014/65/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifican la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE y su Reglamento (UE) núm. 600/2014, por el que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012.

²⁰ Sobre la extensión de las obligaciones derivadas de la diligencia debida a las denominadas «entidades pantalla», en particular a las creadas como sucursales o filiales de bancos en territorios *off-shore*, como «bancos pantalla», JIMÉNEZ GARCÍA, F., *cit.*, 220-2.

²¹ ANEXO III de la Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015.

²² El Grupo de Acción Financiera es una institución intergubernamental creada por el G8, que ha dictado diferentes recomendaciones, las primeras en su versión original de 1990, y posteriormente revisadas en 1996, 2001 y 2003, que han influido de forma significativa sobre las Directivas comunitarias en la prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

²³ Propuesta de Directiva hecha en Estrasburgo, 5.7.2016 COM(2016) 450 final 2016/0208 (COD).

²⁴ Y todo ello con remisión al Reglamento Delegado (UE) 2016/1675 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo identificando los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas.

²⁵ Que por otro lado, tiene un carácter mutable, como bien manifiesta HUERTA VIESCA, M. I., *cit.*, 140.

²⁶ Esta cuestión tiene reflejo en el apartado tercero del artículo 22 de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo, en relación con la necesaria acumulación, a «los derechos de voto, de nombramiento o de revocación de la sociedad matriz», de «los derechos de cualquier otra empresa filial y los de las personas que obren en su propio nombre, pero por cuenta de la sociedad matriz o de cualquier otra empresa filial»; y, de otro lado, dentro del complejo entramado de acumulaciones y deducciones, su apartado cuarto obliga a descontar tanto las acciones o participaciones «de las que se ostente la titularidad en garantía, siempre que estos derechos se ejerzan con arreglo a las instrucciones recibidas», como «en relación con una operación corriente de sus actividades en materia de préstamos, siempre que los derechos de voto se ejerzan en interés de quien ofrezca la garantía».

²⁷ Artículo 4.2 a) de la Ley 10/2010, en relación con «la persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones».

²⁸ En tal sentido, alude también a situaciones de control indirecto, a través de una cadena de sociedades o estructuras jurídicas interpuestas, y a la posibilidad de difuminar la titularidad real a través de la intervención de mandatarios verbales o de administradores personas jurídicas que intervengan mediante una persona física, ESPINOSA INFANTE, J. M. (2012).

La prevención del blanqueo de capitales en el ámbito notarial. Madrid: Dykinson, 238-241. En términos similares, HUERTA VIESCA, M. I., *cit.*, 140.

²⁹ El Anexo tercero de la Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, señala, en este sentido, las personas o estructuras jurídicas que constituyen vehículos de gestión del patrimonio personal, sociedades con accionistas nominales o acciones al portador y estructuras de propiedad de la empresa poco habituales o excesivamente complejas, habida cuenta de la naturaleza de sus actividades. También acerca de estructuras de propiedad no transparente, como empresas *off-shore*, radicadas en paraísos fiscales o en países con secreto bancario estricto, que permiten la colocación, el oscurecimiento y la integración de fondos provenientes del blanqueo de capitales o de la financiación del terrorismo, SÁNCHEZ MARTÍN, M. A. (2017). *Tratado sistematizado de prevención del blanqueo de capitales para profesionales.* Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 39.

³⁰ En este punto, con carácter general, véase que, tras la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, el apartado cuarto del artículo 236 de esta Ley, a falta de delegación permanente de facultades del Consejo, extiende los deberes y la responsabilidad propios de los administradores a la persona «que tenga atribuidas facultades de más alta dirección de la sociedad». «cualquiera que sea su denominación». Respecto de tal extensión, con referencia a los altos cargos de la «alta dirección», esto es, a los directivos y ejecutivos y su actuación como apoderados generales de la sociedad, GRIMALDOS GARCÍA, M. I. (2015). Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad. Solidaridad: artículos 236 y 237. Otras acciones por infracción del deber de lealtad: artículos 227.2 y 232. En Hernando Cebriá, L. (coord.). *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: adaptado a la modificación de la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo.* Madrid: Bosch (307-364), 328-329.

³¹ Las relaciones entre las entidades financieras y las entidades de pago, en relación con el cumplimiento de las medidas de diligencia exigidas a las primeras en materia de prevención del blanqueo de capitales, ha dado lugar a dos sentencias del Tribunal Supremo, contrapuestas en consideración a las circunstancias concurrentes, y basadas en actuaciones realizadas en competencia desleal. En la primera, de 5 de octubre de 2016 (núm. 597), la Sala de lo Civil del Alto Tribunal, en la reclamación de Money Exchange, S.A., contra el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., por la obstaculización de la actividad de compraventa de divisas y transferencias internacionales mediante la cancelación unilateral de sus cuentas bancarias, desestimó la pretensión. La resolución, en atención a la inclusión de las medidas de diligencia reforzada llevada a cabo por el artículo 11 de la Ley 10/2010 respecto del envío de dinero a otros Estados, concluye que no basta con la existencia de un riesgo genérico, y que es necesario que se aprecien hechos y vínculos concretos y proporcionados que informen sobre la existencia de un riesgo de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo. Con base en tales considerandos concluye que la cancelación de las cuentas no se hallaba suficientemente justificada, ya que en la consulta de registros incorrectos o la falta de identificación de la persona que realizaba el ingreso en la cuenta era atribuible a los empleados de BBVA, dentro de su deber de diligencia, y confirma la existencia de un acto de competencia desleal entre las dos entidades, que además compiten en el mismo sector del mercado, esto es, en el de las transferencias internacionales.

Apenas unos días después, en una segunda sentencia, de 7 de octubre de 2016 (núm. 611), el Tribunal Supremo, en la reclamación Money Express Transfer, S.A. contra el BBVA y otras entidades financieras, resuelve la cuestión en favor del BBVA. Presentado el recurso por este último en términos similares, sin embargo, reconoce que, a diferencia del caso anterior, en el proceso quedaron constatadas numerosas irregularidades en el envío de fondos por la entidad de pago, que constituían indicios de actividad de blanqueo de capitales y que autorizaron al BBVA a abstenerse de mantener relaciones de negocio con tal entidad. A este objeto y frente a las pretensiones de tutela de la libre competencia y los derechos fundamentales, considera el Tribunal que la cancelación de las cuentas constituye una medida proporcionada, pues no

existe constancia de que puedan adoptarse otras medidas menos restrictivas que logren el mismo nivel de protección que la finalización de la relación de negocio, habida cuenta de la gravedad y características de los indicios de blanqueo de capitales.

Esta tensión entre la regulación preventiva del blanqueo de capitales y los derechos fundamentales, ya tuvo un precedente judicial en la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 26 de junio de 2007 (asunto C-305/05), en una cuestión prejudicial planteada a raíz de las reclamaciones de distintos consejos de Colegios profesionales de Abogados, en relación con la vulneración injustificada por esta regulación de los principios de secreto profesional e independencia de los abogados. Consideró entonces el Tribunal de Justicia, en lo que atañe a la información que reciban de sus clientes u obtengan sobre él cuando se trate de asistir a sus clientes en la concepción o realización de las transacciones, esencialmente de orden financiero e inmobiliario, que los abogados quedan sujetos a las obligaciones de información y de cooperación con las autoridades de prevención. Por el contrario, cuando se trate de asuntos relativos a la determinación de la posición jurídica en favor de su cliente o de desempeñar su misión de defender o representar a dicho cliente en procesos judiciales o en relación con ellos, se ha de mantener el principio de secreto profesional en aplicación del derecho fundamental a un «proceso justo». Sobre estas cuestiones también SANCHEZ STEWART, N. (2016). Secreto profesional, asesoramiento jurídico y prevención del blanqueo de capitales. En: C. Almagro Martín (dir.). *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (105-122), 115 y sigs., con particular referencia, en el ámbito europeo, a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 6 de diciembre de 2012 en el caso Michaud contra Francia y a la admisibilidad de un filtro desde los órganos colegiales centrales de prevención. Asimismo, la consagración del *solicitor/client privilege* queda reconocida en la sentencia de 13 de febrero de 2015 por la Corte Suprema de Canadá, que excluye que los abogados, por esta vía, pasen a convertirse en una suerte de «agentes del Estado»; de este modo, no quedan sujetos a las obligaciones derivadas del blanqueo de capitales, sin perjuicio del cumplimiento de sus obligaciones deontológicas. Entre la doctrina francesa, al respecto, MET-DOMESTICI, A. (2015). Le cadre juridique de la lutte contre le blanchiment d'argent dans l'Union européenne, *Revue de l'Union Européenne*, núm. 587, 217-230, 221-223, y, respecto de los auditores, ANDRÉ, C. (2011). Regards critiques sur le dispositif de lutte contre le blanchiment de capitaux: les obligations de vigilance et de déclaration des professionnels de l'expertise comptable et du commissariat aux comptes. *Revue internationale de droit économique*, vol. 25, núm. 1, 75-112.

Pero trasladado al caso de las relaciones entre las entidades financieras y las entidades de pago, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 10 de marzo de 2016 (C-235/14), en el procedimiento entre Safe Interenvíos, S.A. y Liberbank, S.A., Banco de Sabadell, S.A., y, de nuevo, el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A., también se ha ocupado de esta materia y, en resumidas cuentas, considera que las entidades financieras no pueden socavar la función de supervisión que las autoridades competentes sobre los servicios de pago, si bien sí pueden, como sujetos obligados por la normativa de prevención, tener en cuenta las medidas de diligencia debida aplicadas por una entidad de pago con respecto a sus propios clientes. Por consiguiente, pueden aplicar todas las medidas de diligencia debida que reclama esta regulación si existen sospechas de blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo.

³² El artículo 33 del Reglamento de la Ley 10/2010 recoge el contenido mínimo que ha de reflejar este manual de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

³³ Considerandos 19 y 20 de la exposición de la propuesta de Directiva de 5 de julio de 2016.

³⁴ Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE. Téngase en cuenta, a estos efectos, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Jyske Bank Gibraltar Ltd contra la Administración del Estado española de 25 de abril de 2013 (C-212/2011) sobre la admisibilidad y proporcionalidad de medidas que permitan al Estado miembro afectado controlar y suspender efectivamente las transacciones financieras

sospechosas realizadas por las entidades de crédito que prestan sus servicios en el territorio nacional y, en su caso, perseguir y sancionar a los responsables, a falta de otros mecanismos eficaces de cooperación plena y completa entre las unidades de información financiera.

³⁵ Artículo 9.1. párr. 2.º del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

³⁶ A este aspecto se refería ya el artículo 18 (1.a.i.) del Convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo, aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución A/RES/54/109 de 9 de diciembre de 1999, abierta a la firma el 10 de enero de 2000, y que fue ratificado por España con publicación en el «BOE» núm. 123, de 23 de mayo de 2002, páginas 18361 a 18369. En concreto, alude esta norma a la adopción de medidas por los Estados miembro para exigir a las instituciones financieras, cuando sea necesario, la adopción de medidas para verificar la existencia jurídica y la estructura del cliente persona jurídica mediante la obtención, a través de un registro público, del cliente o de ambos, de prueba de la constitución de la sociedad, incluida información sobre el nombre del cliente, su forma jurídica, su domicilio, sus directores y las disposiciones relativas a la facultad de la persona jurídica para contraer obligaciones. En igual sentido, añade la imposición a estas entidades de la obligación de «reportar con prontitud a las autoridades competentes toda transacción compleja, de magnitud inusual y todas las pautas inusuales de transacciones que no tengan, al parecer, una finalidad económica u obviamente lícita, sin temor de asumir responsabilidad penal o civil por quebrantar alguna restricción en materia de divulgación de información, si reportan sus sospechas de buena fe». Asimismo, respecto de la Directiva de prevención, también apunta a la comunicación de «buena fe» a la unidad de inteligencia financiera, aun cuando la actividad delictiva subyacente no se conozca de forma precisa y la actividad ilegal no llegue a concretarse, DE ANDRÉS PÉREZ, S. (2016). Principales novedades de la cuarta directiva sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. En: C. Almagro Martín (dir.). *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (213-226), 221.

³⁷ Cfr., artículo 17 de la Ley 10/2010, respecto del examen especial, y artículo 18 respecto de la comunicación por indicio.

³⁸ Cfr., artículos 6.3 y 9.5 del Reglamento de la Ley 10/2010.

³⁹ Junto con esto es necesario, además de la identificación de la persona física representante de la sociedad, los documentos que identifican a la persona jurídica, como son la escritura de constitución y, en su caso, la escritura que contenga el nombramiento del representante como administrador. Cfr., artículo 6 del Reglamento sobre los documentos fehacientes a efectos de identificación formal.

⁴⁰ Sobre la constancia del acta de titularidad real en un instrumento público distinto, ESPINOSA INFANTE, J. M., *cit.*, 247.

⁴¹ Asimismo, ESPINOSA INFANTE, J.M., *cit.*, 253.

⁴² Igualmente, en relación con el posterior acceso a esta información, aun cuando no medie sospecha alguna del blanqueo de capitales o de financiación del terrorismo por estas entidades, KRAIS, J., *cit.*, 255.

⁴³ En relación con el fenómeno de la representación indirecta, en estos supuestos, GARCÍA-CRUCES, J. A. (2010). Administradores sociales y administradores de hecho. En J.C. Sáenz García de Albizu et al. (coords.). *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*. Cizur Menor (Pamplona): Civitas-Thomson Reuters (527-561), 532.

⁴⁴ En este punto véase la Orden EHA/2963/2005, de 20 de septiembre, reguladora del Órgano Centralizado de Prevención en materia de blanqueo de capitales en el Consejo General del Notariado y, en relación con ella, la Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales.

⁴⁵ La «Base de Datos de Titular Real» fue creada por acuerdo del Consejo General del Notariado de fecha 24 de marzo de 2012 (publicado en el BOE de 28 de abril), tras haber sido sometida con carácter previo al informe de la Agencia Española de Protección de Datos,

siendo su responsable el Órgano de Prevención (OCP) del Consejo General del Notariado. Tras su entrada en funcionamiento en el año 2014, recoge toda la información existente en el Índice Único Informatizado referida a titularidades reales que proviene de los documentos autorizados o intervenidos por los notarios y de las manifestaciones que estos recogen. Sobre su funcionamiento, RIVAS RUIZ, A. (2014). La base de datos de titularidad real. *El Notario del siglo XXI*, núm. 56, 2014, y «Conocer al titular real de las sociedades para evitar el fraude», *Escritura pública*, núm. 99, 2016, 22-25.

⁴⁶ Cfr., artículo 8.3 de la Ley 10/2010 y artículos 9.2 y 9.6 y 19 del Real Decreto 304/2014, que hay que poner en relación con el artículo 30 de la Directiva (UE) 2015/849, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015.

⁴⁷ Vide la Sección 3.^a del Capítulo V (arts. 50 y sigs.) del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Asimismo, la Orden ECC/2503/2014, de 29 de diciembre, del Ministerio de Economía y Competitividad, publicada en el BOE, el 31 de diciembre de 2014, que procede a la creación del «Fichero de Titularidades Financieras»; la Instrucción de 19 de diciembre de 2014, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se establecen los datos de identificación adicionales que deben ser declarados por las entidades de crédito al Fichero de Titularidades Financieras, a fin de la adecuada identificación de intervinientes, cuentas y depósitos; la Orden ECC/2314/2015, de 20 de octubre, para la entrada en funcionamiento del Fichero de Titularidades Financieras el día 6 de mayo de 2016; y la Instrucción de 2 de julio de 2015, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se establecen los requisitos mínimos que deben cumplir las solicitudes de datos del Fichero de Titularidades Financieras, efectuadas a través de los puntos únicos de acceso. Sobre la evolución normativa respecto de los ficheros de titularidades financieras, con mayor detenimiento, JIMÉNEZ GARCÍA, F., *cit.*, 210-220; y también en relación con los informes de inteligencia financiera que el SEPBLAC remite al Ministerio Fiscal o a los órganos judiciales, policiales o administrativos, FABRA VALLS, M. (2015). Otras disposiciones. En: C. Vidales Rodríguez (dir.)/ M. Fabra Valls (coord.). *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch (239-263), 256-263.

⁴⁸ La necesidad de verificar las relaciones con personas que desempeñan o han desempeñado funciones públicas importantes en el medio político, máxime si proceden de países donde está extendida la corrupción, y con altos cargos de organizaciones internacionales, por los riesgos, tanto jurídicos como de reputación, a los que puede exponer al sector financiero, es destacada por el considerando 32 de la Directiva (UE) 2015/849 (32), lo cual lleva a que su artículo 22 introduzca específicas medidas de diligencia en estos casos.

⁴⁹ En este sentido, se ha de tener presente la Orden ECC/2402/2015, de 11 de noviembre, por la que se crea el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles.

⁵⁰ En particular, respecto de las medidas restrictivas y sanciones financieras internacionales, dentro del marco comunitario o adoptadas por el Consejo de Ministros, el artículo 12 de la Orden ECC/2402/2015 establece la constancia registral, mediante nota al margen de la inscripción de dominio, de las prohibiciones de disponer que afecten a bienes muebles e inmuebles. La nota, a su vez, hará mención de su origen y contenido, que se mantendrá hasta la desaparición del titular registral del listado correspondiente.

⁵¹ Considerando 15 de la Propuesta de Directiva de 5 de julio de 2016. Y esta misma orientación es mantenida en la Posición de negociación del Consejo sobre el proyecto de Directiva relativa a la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, cuando apunta que la Comisión ha de gozar de las competencias de ejecución necesarias para abordar estas cuestiones técnicas y operativas. Véase, asimismo, el considerando 29(a) de la versión de Propuesta de 19 de diciembre de 2016 —COM(2016) 450 final—. Todo ello se ha de poner en relación con el Reglamento (UE) núm. 182/2011 del Parlamento Europeo y

del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución de la Comisión.

⁵² Directiva 2012/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2012, por la que se modifican la Directiva 89/666/CEE del Consejo y las Directivas 2005/56/CE y 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que respecta a la interconexión de los registros centrales, mercantiles y de sociedades; y el Reglamento de Ejecución (UE) 2015/884 de la Comisión, de 8 de junio de 2015, por el que se establecen especificaciones y procedimientos técnicos necesarios para el sistema de interconexión de registros establecido por la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. En el plano nacional esta normativa se ha traducido en la incorporación de un apartado quinto al artículo 17.5 del Código de Comercio, mediante la disposición final primera de la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil, en relación con «la obtención de información sobre las indicaciones referentes a nombre y forma jurídica de la sociedad, su domicilio social, el Estado miembro en el que estuviera registrada y su número de registro», y en la instrucción de 9 de mayo de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre interconexión de los registros mercantiles.

⁵³ *Delaware State Senate, 149th General Assembly, Senate Bill núm. 69, «An Act to Amend Title 8 of the Delaware Code relating to the General Corporation Law».*

⁵⁴ Sobre estas cuestiones, *in extenso*, FABRA VALLS, M. (2015). El control interno. En: C. Vidales Rodríguez (dir.)/ M. Fabra Valls (coord.). *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*. Valencia: Tirant lo Blanch (149-201), 181-201; y PEÑA ZAFRA, M. (2016). Vinculación entre protección de datos de carácter personal y prevención de blanqueo de capitales. En: C. Almagro Martín (dir.). *Estudios sobre control del fraude fiscal y prevención del blanqueo de capitales*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi (227-240).

⁵⁵ Cfr., artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁵⁶ Cfr., considerandos 24 y 41 a 43 de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo.

⁵⁷ Cfr., artículo 60 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, en relación con la utilización de datos y el nivel de seguridad en los tratamientos de carácter personal.

⁵⁸ En el mismo sentido, el artículo 11 de la Orden ECC/2402/2015, de 11 de noviembre, por la que se crea el Órgano Centralizado de Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, mantiene una regla de confidencialidad de los registradores y los miembros del órgano centralizado de prevención respecto del suministro de información al Servicio Ejecutivo de la Comisión y sobre la realización de una comunicación de operativa sospechosa o de un proceso de examen especial.

⁵⁹ La necesidad de unas reglas claras y precisas sobre el alcance y la aplicación de las medidas para la protección de datos de carácter personal y las garantías mínimas de los afectados para proteger su derecho fundamental a la intimidad y a la vida privada contra los riesgos de abuso y utilización o acceso ilícito de estas informaciones, es expresamente reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 8 de abril de 2014 (En los asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12) que declara la invalidez de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones; y de 6 de octubre de 2015 (asunto C-362/14), en las transferencias de datos personales a países terceros.

⁶⁰ Considerandos 16 y 31 de la Propuesta de Directiva de 5 de julio de 2016, que se ha de cohesionar con el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de

abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) y la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos.

⁶¹ Para ello, el considerando 46 de la Directiva (UE) 2015/849 exige que la imposición de excepciones y restricciones a este derecho se ajuste a «las normas establecidas en el artículo 13 de la Directiva 95/46/CE y, cuando corresponda, con las establecidas en el artículo 20 del Reglamento (CE) no 45/2001. El interesado tiene derecho a pedir que una de las autoridades de control a que se refiere el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE o, cuando corresponda, el supervisor europeo de protección de datos, verifique la licitud del tratamiento, y a interponer el recurso judicial a que se refiere el artículo 22 de dicha Directiva. La autoridad de control a que se refiere el artículo 28 de la Directiva 95/46/CE puede actuar también de oficio. Sin perjuicio de las restricciones del derecho de acceso, la autoridad de control debe poder informar al interesado de que ha realizado todas las verificaciones necesarias y del resultado de las mismas en lo que respecta a la licitud del tratamiento en cuestión».

⁶² Cfr., artículo 86 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, con aplicación a partir del 25 de mayo de 2018. Así, su considerando 19 reconoce que los Estados miembro deben tener la posibilidad de mantener o introducir disposiciones más específicas para adaptar su aplicación y, en condiciones específicas, de limitar determinadas obligaciones y derechos, siempre que dicha limitación sea una medida necesaria y proporcionada en una sociedad democrática para proteger intereses específicos importantes, entre ellos la seguridad pública y la prevención, lo cual resulta de aplicación en el marco de la lucha contra el blanqueo de capitales.

⁶³ Artículo 30.6 y considerando 16 de la Directiva 2015/849.

⁶⁴ Sobre la legitimación de acceso a las personas que puedan demostrar un interés legítimo respecto del nombre, mes y año de nacimiento, país de residencia y la naturaleza y extensión del interés del titular real en la entidad o el patrimonio separado, véase la modificación en los artículos 30, apartado 5, y 31, apartado 4 de la Directiva. Al respecto apunta DE ANDRÉS PÉREZ, S., *cit.*, 221, que ello conllevará la necesidad de otorgar nuevas actas de titularidad real, pues las anteriores tan solo hacen referencia a la identificación del titular real y a su número de identidad o pasaporte. Otra opción, acogida por el Reino Unido, es la de permitir el libre acceso al Registro, pero restringir a determinados supuestos la información relativa al domicilio y otros datos de carácter personal del beneficiario, y excluir su difusión cuando el beneficiario pueda acreditar un serio riesgo de violencia o intimidación, tal y como apunta NOUGAYRÈDE, D., *cit.*, 430.

⁶⁵ Como bien advierte MÜLLER, N. (2017). Das Geldwäscheregister nach Artikel 30 und 31 der Vierten Geldwäscherrichtlinie und seine Vereinbarkeit mit der Rechtsprechung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 128, núm. 4, 1021-1088, 1036 y 1081-2, el problema es especialmente relevante cuando la información es utilizada para otros fines, puesto que una reclamación de daños no impedirá que los datos ya sean de conocimiento público; además se ha de tener presente el relevante valor económico que puede incorporar esta información, y que puede no verse adecuadamente compensado, por lo que critica la falta de previsión sancionadora en caso su utilización abusiva, especialmente cuando se trate de su transferencia a terceros países fuera de la Unión.

⁶⁶ También con referencia a las «sociedades buzón» (*Briefkastenfirmen*), para ocultar al verdadero titular o beneficiario, MÜLLER, N., *cit.*, 1021.

⁶⁷ Mantiene una visión crítica acerca de este concepto abstracto o indeterminado, MÜLLER, N., *cit.*, 1026 y 1068-9, en relación con el acceso de los medios de comunicación

y las cuestiones que afecten al orden público y al ámbito de la investigación penal. Quizá, desde la perspectiva societaria, se pueda hacer un paralelismo respecto de la legitimación por los terceros para la impugnación de los acuerdos sociales del artículo 206.1 de la Ley de sociedades de capital. Al respecto, además de situaciones relativas a su participación en la empresa o en el funcionamiento de los órganos sociales, o a sus derechos sobre las acciones o participaciones, sobre la necesidad de la acreditación de su legítimo interés en relación con un eventual perjuicio patrimonial o respecto de sus derechos personales o sociales, por todos, con la doctrina allí citada, BAENA BAENA, P.J. (2016). Legitimación activa y pasiva para la impugnación de acuerdos sociales [artículos 206.1, 2 y 3, 251.1 y 495.2.b) LSC]. *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi (533-573), 557.

⁶⁸ Igualmente, acerca de estas cuestiones, DE ANDRÉS PÉREZ, S., *cit.*, 222-3, quien critica el acceso ilimitado al Registro para las entidades financieras y de crédito.

⁶⁹ Considerando 29 de la Propuesta de Directiva de 5 de julio de 2016. Con todo, acerca de los problemas que genera la necesidad de determinar la evidencia de estos riesgos, MÜLLER, N., *cit.*, 1028.

⁷⁰ En el caso alemán, también con referencia a las limitaciones de acceso en otros Registros de la propiedad (tanto sobre bienes inmuebles, como sobre bienes muebles), MÜLLER, N., *cit.*, 1072 y 1076.

⁷¹ Artículo 3.6 de la Directiva. Al respecto contrástese también con el Reglamento Delegado (UE) 2016/1675 de la Comisión, de 14 de julio de 2016, por el que se completa la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo, mediante la identificación de los terceros países de alto riesgo con deficiencias estratégicas.

⁷² Artículo 9.4 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

⁷³ Cfr., artículo 15 respecto de los clientes susceptibles de aplicación de medidas simplificadas de diligencia debida.

⁷⁴ Cfr., artículo 125 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) y artículo 23 Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea. Con diferentes consideraciones sobre el control de situaciones de disociación entre el derecho de voto y la titularidad de la acción en el mercado de valores, FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2013). Los problemas societarios y de gobierno corporativo del llamado «voto vacío» («empty voting»). *Revista de Derecho mercantil*, núm. 289, 153-214; y GIMENO RIBES, M., (2015). Derecho de voto, interés social y estrategias en los mercados bursátiles: las situaciones de voto vacío. *La Ley Mercantil*, núm. 13, 10-24.

⁷⁵ Acerca de estas exigencias de información BOLDÓ RODA, C. (2008). Algunas notas acerca de la nueva regulación de la información y publicidad de las participaciones significativas en las sociedades anónimas cotizadas (Ejemplar dedicado a la nueva regulación de las OPAs). *Noticias de la Unión Europea*, núm. 285, 21-32. Y con motivo de la Directiva 2013/50/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2013, que modifica, entre otras, la Directiva 2004/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, PLASENCIA VELASCO, R. (2015). Novedades del régimen de notificación de participaciones significativas en sociedades cotizadas. *Revista de Derecho del mercado de valores*, núm. 17, 2015, 1-11, con referencia a la inclusión de determinados instrumentos financieros con un efecto similar a la tenencia de acciones y la exclusión, dentro de ciertos límites, de los derechos de voto mantenidos en la cartera de negociación y de los adquiridos con fines de estabilización.

⁷⁶ Acerca de los Registros públicos en el marco de los mercados de valores, véase el artículo 238 del artículo 97 y sigs. del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁷⁷ Más conocida como IBERCLEAR, la «Sociedad de Gestión de los Sistemas de Registro, Compensación y Liquidación de Valores, S.A. Unipersonal», constituida en virtud del anterior artículo 44 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras la reforma introducida por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero; actual artículo 97 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores.

⁷⁸ Acerca de estas cuestiones y de la evolución normativa en la materia, ESPÍN GUTIÉRREZ, C. (2016). El derecho a conocer datos de los accionistas de sociedades cotizadas. En *Junta General y Consejo de Administración de la Sociedad cotizada*. I. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 613-647; y anteriormente, ALONSO UREBA, A., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F./ PERDICES HUETOS, A./ GÓMEZ-SANCHA TRUEBA, I. (2010). *Transparencia Accionarial y Buen Gobierno Corporativo*, Madrid: Centro de Gobierno Corporativo.

⁷⁹ Cfr., artículo 8 TRLMV, e relación con el art.2.1.a) y c) de la Ley 10/2010, de 28 de abril.

⁸⁰ Sobre la calificación como infracciones muy graves de aquellas que traen origen en el incumplimiento de las obligaciones de transparencia e integridad del mercado, véase el artículo 282 TRLMV.

⁸¹ Al respecto, véase el artículo 11.5 TRLMV, en relación con la participación o mediación, bien de una sociedad o agencia de valores, bien de una entidad de crédito. También se ha de traer aquí, a efectos de la identificación del titular real de las sociedades anónimas no cotizadas la Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, en relación con: la constitución, transmisión o extinción de toda clase de derechos reales sobre bienes inmuebles o entidades comerciales; la creación de sociedades, asociaciones, fundaciones, entidades comerciales u otros tipos de estructuras análogas; los actos o negocios jurídicos relativos al funcionamiento o a la gestión de sociedades, asociaciones, fundaciones, entidades comerciales u otros tipos de estructuras análogas; y la compraventa de acciones, participaciones o de cualesquiera otros valores negociables e instrumentos financieros.

⁸² Con todo, recuérdese que la Orden EHA/114/2008, de 29 de enero, reguladora del cumplimiento de determinadas obligaciones de los notarios en el ámbito de la prevención del blanqueo de capitales, en su artículo 1 incluye, entre los ámbitos sometidos a las obligaciones notariales de prevención del blanqueo de capitales, la «compraventa de acciones, participaciones o de cualesquiera otros valores negociables e instrumentos financieros»; y también los «actos o negocios jurídicos relativos al funcionamiento o a la gestión de sociedades, asociaciones, fundaciones, entidades comerciales u otros tipos de estructuras análogas».

⁸³ Cfr., artículos 116 y 120 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Sobre los problemas de falta de coincidencia de la titularidad real con los datos del libro registro de acciones y la prevalencia del Derecho de sociedades sobre el régimen de los títulos-valor, y no obstante la responsabilidad de los administradores e, incluso, la *exceptio doli* por las inexactitudes en el libro registro, en particular cuando estos tengan un interés directo derivado de sus relaciones con alguno de los grupos de socios, RECALDE CASTELLS, A. J. (2011). Los efectos de la inscripción en el libro registro de acciones nominativas. En: L. M. Piloñeta Alonso/ M. Iribarren Blanco, (coords.). *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor José María Muñoz Planas*. Madrid: Civitas Thomson-Reuters (727-756), 733-5 y 747-9. Sobre los supuestos de reconocimiento por la doctrina registral de legitimación al socio no inscrito, FERRANDO VILLALBA, M. L. (2016). Caracterización jurídica de las acciones y las acciones y las participaciones sociales. Documentación. Transmisión. En: J. M. Embid Irujo (dir.). *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons (131-150), 138.

⁸⁴ Véase el apartado 7.36 del Informe de Evaluación Mutua del Grupo de Acción Financiera FATF-GAFI, sobre las medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, de diciembre de 2014.

⁸⁵ Para PERDICES HUETOS, A. (2010). Funciones de los registros de accionistas como instrumentos de legitimación y autenticación en las relaciones emisor-inversor. En: *Transparencia Accionarial y Buen Gobierno Corporativo*. Madrid: Centro de Gobierno Corporativo (25-55), 47, al menos en las sociedades cotizadas, la calificación de sociedad «anónima» es un anacronismo cuando no un sarcasmo, por lo que, en línea con otros ordenamientos, cabría hablar, en todo caso, de sociedad «por acciones».

⁸⁶ Vide artículo 106 LSC, en relación con la documentación de las transmisiones.

⁸⁷ Vide artículo 109 LSC, respecto de la transmisión forzosa de las participaciones sociales.

⁸⁸ Nuestro Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse en la sentencia de 19 de junio de 2012 (núm. 998) acerca de la equivalencia formal y funcional de la intervención notarial extranjera, en el que el notario interviniente en una escritura pública de compraventa de un bien inmueble situado en España era alemán, resolviendo la cuestión de forma favorable, si bien con un voto particular relativo a las reglas de la tradición aplicables en cada sistema.

⁸⁹ A la luz de la Comunicación OCP 3/2010, en principio y salvo en situaciones de riesgo, ESPINOSA INFANTE, J. M., *cit.*, 243-4, reconoce que basta con que el notario recoja la declaración efectuada por el representante, sin necesidad de exigencia de apoyo documental, esto es, de prueba de certeza o realidad de la identificación del titular real, como sería la exhibición del título formal que contenga el negocio jurídico por el cual alcance tal condición.

⁹⁰ Cfr., artículo 104 LSC.

⁹¹ Cfr., artículo 112 LSC.

⁹² Así, el artículo 123 del Reglamento del Registro Mercantil de 1956 regulaba las condiciones necesarias para la inscripción de las participaciones sociales.

⁹³ Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y adaptación de la legislación mercantil a las Directivas de la Comunidad Económica Europea (CEE) en materia de Sociedades.

⁹⁴ Por todos, COZIAN, M., VIANDIER, A., y DEBOISSY, F. (2013). *Droit des sociétés*, 26 ed. París: LexisNexis, 561.

⁹⁵ Por todos, SPADA, P. (1994). La «legge Mancino» e la circolazione della ricchezza imprenditoriale: forma degli atti e funzione di polizia. *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, núm. 92, 1994, I, 283-295, 286; y FURGIUELE, L. (2013). *Trasferimento della partecipazione e legittimazione nelle società di capitali*. Milán: Giuffrè, 77 y sigs. Acerca de la distinción entre la eficacia del mero depósito de la transmisión frente a la sociedad y la necesidad de inscripción en el Registro de las empresas para su eficacia frente a terceros, BARTALENA, A. (2011). Efficacia del trasferimento della partecipazione nei confronti della società, y MELI, V. (2011). Efficacia del trasferimento della partecipazione nei confronti dei terzi, ambos en *S.R.L. Commentario dedicato a Giuseppe B. Portale*. Milán: Giuffrè (358-376).

⁹⁶ N. 310 «Norme per la trasparenza nella cessione di partecipazioni e nella composizione della base sociale delle società di capitali», que tuvo por finalidad la lucha contra el blanqueo de capitales mediante la imposición de reglas de transparencia a la transmisión de participaciones de las sociedades de responsabilidad limitada.

⁹⁷ Entre otros, MARASÀ, G. (2009). Soppressione del libro dei soci nella s.r.l. e sue conseguenze. *Rivista di diritto civile*, vol. 55, núm. 6, 647-662; y PETRELLI, G. (2009) La soppressione del libro soci delle s.r.l. *Le società*, núm. 4, 425-236.

⁹⁸ Según la Ley de 23 de junio de 2017 para la transposición de la cuarta Directiva comunitaria sobre blanqueo de capitales, publicada en el BOE alemán el día 24 de junio (*Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransfervordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*. Vom 23.06.2017).

⁹⁹ El artículo 16 fue objeto de modificación por la MoMiG de 2008, esto es, la Ley para la modernización del derecho de las sociedades de responsabilidad limitada y para la lucha

contra los abusos (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* de 23.10.2008, BGBl I, 2026), como consecuencia de la adaptación al Derecho alemán de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera sobre el Blanqueo de Capitales (GAFI) y la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo en la Unión Europea. Para ello incorpora la necesidad de la inscripción de la lista de socios en el Registro mercantil, tanto frente a las sociedad como frente a los terceros de buena fe (*Drittwirkung*), si bien respecto de estos últimos mediante un singular sistema de protección establecido en el apartado tercero del artículo 16 de la GmbHG. Como señalan BAUMBACH, A./ HUECK, A. et al. (2013). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*. 20 ed. Munich: C.H. Beck, § 16 apartado 1; y HEIDINGER, A. (2015). *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*. II. Munich: C.H. Beck, § 16, es apartados 12 a 15, la reforma trata de establecer un régimen de transparencia que evite situaciones de abuso y utilización fraudulenta de la transmisión *inter privatos* de participaciones sociales. También BAYER, W. (2012). *Rechtsstellung bei Wechsel der Gesellschafter*, en M. LUTTER/ P. HOMMELHOFF et al. *GMBH-Gesetz: Kommentar*. 18.ª ed. Colonia: Dr. Otto Schmidt (570-617), § 16 apartado 3, 583, consideran que la reforma busca proteger a los potenciales compradores de buena fe. Añaden REICHERT, J./WELLER, M.P. (2009). *Übertragung und gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftanteilen nach dem MoMiG*. En W. Goette/ M. Habersack (dirs.). *Das MoMiG in Wissenschaft und Praxis*. Colonia: RWS-Verl. Kommunikationsforum (79-105), 79-80, que la reforma aumenta, en suma, la competitividad de las sociedades limitadas alemanas.

¹⁰⁰ Sobre el carácter de publicidad plena, esto es, de libre acceso al Registro, tanto en el Reino Unido como en los Países Bajos, y, en la misma línea, en Dinamarca y en Noruega, NOUGAYRÈDE, D., *cit.*, 428-9, lo cual contrasta con otras jurisdicciones tanto dependientes de la Corona británica, como dentro de los Estados Unidos de América. En concreto, acerca de los problemas que genera para el abogado que en la práctica norteamericana tenga que averiguar la identidad de los miembros de una *Limited Liability Company*, SHEPHERD, K.L., *cit.*, 99-102.

¹⁰¹ PERDICES HUETOS, A. (2000). *El libro de registro de socios: la legitimación del socio en las sociedades de capital*. Madrid: Civitas, 205, justifica esta limitación por la eficacia estrictamente legitimadora que tiene el libro registro frente a la sociedad, por lo que los terceros que pretendan la adquisición de participaciones sociales no pueden gozar, por esta vía, de una protección específica.

¹⁰² Sobre la inscripción de las transmisiones y gravámenes de acciones y participaciones sociales en el Registro de Bienes Muebles tuvo la ocasión de pronunciarse, de forma contradictoria, la Dirección General de los Registros y del Notariado en dos resoluciones dictadas en un corto espacio de tiempo. En la primera, de 12 de julio de 2002, el Centro Directivo reconoció tal posibilidad con base en la promulgación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, y por la vocación «generalista» del Registro de Bienes Muebles, salvo en el caso de la inscripción de la titularidad y de las cargas y gravámenes de las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta. Consideró, de una forma un tanto controvertida, que tanto las acciones como las participaciones sociales tenían un carácter mobiliario, aunque no constaran entre los bienes enumerados en el artículo 335 del Código Civil, y que, por lo tanto, eran susceptibles de identificación, transmisión y valoración económica. En consecuencia, para asegurar que la titularidad de las participaciones o acciones transmitidas o gravadas o embargadas, pertenezcan al transmitente, al constituyente de la garantía o al deudor embargado, estableció el deber de justificar tal circunstancia al registrador de bienes muebles a través de la exhibición de los títulos si las acciones fueran al portador —no representadas en anotaciones en cuenta—, o bien mediante certificación del órgano de administración de la sociedad en que así se acredite, con referencia al correspondiente Libro,

si fueran participaciones sociales o acciones nominativas. De este modo, permitía al titular de los derechos gozar de los efectos de inoponibilidad, legitimación y fe pública registral.

Pero pronto el Centro Directivo modificó su postura y unos meses después, en resolución de 29 de enero de 2003, con fundamento en los artículos 16 y 22 del Código de Comercio y en los artículos 94, 114 y 175 del Reglamento del Registro Mercantil, consideró *numerus clausus* los actos sujetos a inscripción, y excluyó la constatación y la protección sustantiva del tráfico jurídico de las acciones o las participaciones en que se divide el capital social de las sociedades. Exceptúa de esta exclusión general aquellos actos relativos a la identificación de los socios en el momento inicial de la constitución de la sociedad y en el caso de unipersonalidad sobrevenida o de cambio del socio único. Consideró entonces que las acciones y las participaciones sociales tienen un régimen de legitimación y una ley de circulación al margen del Registro Mercantil y que no concurre el fundamento legal suficiente para procurar la inscripción. Es más, concluyó la Resolución que de *lege ferenda* no existen razones que aconsejen cambiar dicho régimen toda vez que ello supondría para el adquirente la carga de examinar el contenido de los asientos del Registro de Bienes Muebles. Con ser todo ello cierto, también se ha de reconocer, como señala, CARRASCO PERERA, Á. (2003). ¿Es posible o necesaria la inscripción en el Registro de Bienes Muebles para la constitución de prendas sobre acciones y participaciones sociales? *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6, BIB\2003\710, apartado 9, que puede que los libros de registro de los socios y de las acciones nominativas no constituyan el mecanismo óptimo para conferir seguridad a las transacciones, lo cual no obsta, sin embargo, para reconocer que el legislador no ha optado por su acceso al Registro de Bienes Muebles.

¹⁰³ Ya antes, por todos, GIRÓN TENA, J. (1971). Los cambios de socios en las sociedades de personas. En *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Garrigues*. I. Madrid: Tecnos (139-166), 148; y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J.C. (1993). *La responsabilidad del socio colectivo*. Madrid: Civitas, 67 sigs. *Vid.*, artículo 212.2 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil, que exige, además, la constancia del otorgamiento del consentimiento de los demás socios colectivos en la escritura pública.

¹⁰⁴ DE CARLOS BERTRÁN, L. (1991). Responsabilidad de los socios y de los administradores en la Agrupación de Interés Económico. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 201, 489-504, 495-6. Cfr., artículo 264 del Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil.

¹⁰⁵ *Vide* artículo 13 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. No obstante, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, a partir del régimen aplicable a estas sociedades, en su Resolución de 3 de diciembre de 1999, consideró que la exigencia del artículo 203 del Reglamento del Registro Mercantil de una base escrita que sustente la declaración de unipersonalidad, tal como el libro de socios, una certificación de su contenido o testimonio notarial del mismo, puede ser integrada con una simple manifestación al respecto por el sujeto que es a la vez el socio y el administrador único. Por lo tanto, no requiere un documento separado en que el órgano de administración certifique el contenido del libro-registro de socios, toda vez que la manifestación sobre el contenido del libro-registro la realiza en la propia escritura quien, como administrador único, es competente para su llevanza y custodia y tiene además concedida la facultad certificante, y todo ello sin perjuicio de su especial régimen de responsabilidad como administrador. También sobre la necesidad de certificación del libro registro de socios, pero no así de los documentos auténticos donde conste el negocio jurídico que dé lugar a la unipersonalidad, a partir de la resolución de la Dirección General de los registros y del Notariado de 9 de marzo de 2015 (núm. 3791), PASTOR SEMPERE, M. C. (2016). *Sociedad unipersonal*. En: J. M. EMBID IRUJO (dir.). *Derecho de sociedades de capital: estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria*. Madrid: Marcial Pons (547-571), 560.

¹⁰⁶ Bruselas, 9.4.2014, COM(2014) 212 final 2014/0120 (COD).

¹⁰⁷ *Vide* artículo 8.3 de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales, que exige que cualquier cambio de socios y administradores, así como cualquier modificación del contrato social, deban constar en escritura pública y ser igualmente objeto de inscripción

en el Registro Mercantil. Sobre este particular, la Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado en su resolución de 13 de marzo de 2013 (núm. 3987), en un supuesto de hecho en el que en la escritura notarial calificada solo incorporaba una elevación a público de una certificación expedida por el secretario del Consejo de administración con el visto bueno del presidente de la sociedad anónima profesional en el que se certificaba la baja de un socio y la incorporación de otro con el carácter de socio profesional. Para el Centro Directivo debe primar el carácter de socio profesional sobre cualquier otra consideración. Por ello, si la escritura presentada no cumple con el requisito de la expresión de las circunstancias esenciales del negocio jurídico que ha dado lugar al cambio de socio documentado (esto es, no se identifican las transmisiones; sus elementos esenciales; las acciones transmitidas; el consentimiento o no de los restantes socios; ni sus datos profesionales) no cabe proceder a la inscripción. A lo anterior habría que añadir, con carácter general, la expresión sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 122 de la Ley de Sociedades de Capital, o, en atención al artículo 17 de la Ley 2/2007, la solicitud de anotación en el Libro registro de la sociedad en cuanto acciones necesariamente nominativas.

En todo caso, sobre el carácter meramente declarativo de la inscripción en el Registro Mercantil, si bien puede dar lugar a una causa de disolución en el supuesto en el que no se mantenga la proporción legal de los socios profesionales respecto de los no profesionales, MARTÍNEZ-MOYA FERNÁNDEZ, M. (2012). La transmisión de la condición de socio profesional. En: M. Sánchez Ruiz (coord.). *Las sociedades profesionales. Estudios sobre la Ley 2/2007, de 15 de marzo*. Madrid: Civitas Thomson Reuters (121-163), 123-4. Añade ROMERO FERNÁNDEZ, J. A. (2009). *Las sociedades profesionales de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 50, además de la utilización de «portales de internet», que la inscripción solo aspira a mantener una permanente concordancia entre el contenido del Registro y la realidad de la sociedad profesional, de modo que el Registrador Mercantil debe comunicar de oficio la transmisión al Registro de Sociedades profesionales, lo que puede tener incidencia sobre la oportuna colegiación profesional de estas sociedades.

¹⁰⁸ Vide artículo 1.2 b), de la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas.

¹⁰⁹ En tal sentido, el apartado tercero de su artículo 5 permite que los administradores no hayan de recabar el acuerdo de la Junta General para formalizar la modificación del artículo o artículos de los estatutos a los que afecte, y los faculta para el otorgamiento de la pertinente escritura pública. Solución destacada, con anterioridad, respecto del anterior régimen, por ANDREU MARTÍ, M. M. (2014). Transmisión de acciones y participaciones sociales en la reforma propuesta de la Ley de Sociedades Laborales, *CIRIEC - España. Revista jurídica de economía social y cooperativa*, núm. 25, 313-342, 325.

¹¹⁰ Ya antes FERNÁNDEZ LOZANO, J. L., Blanqueo de capitales: especial consideración de las obligaciones de los profesionales y empresarios que intervienen en el sector inmobiliario. *La notaría*, núm. 16, 2005, 137-176.

¹¹¹ Véase, en este sentido, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 2015 (núm. 10543), que, a la luz del artículo 314 de la Ley de Sociedades de Capital, exige «la declaración del órgano de administración de que la titularidad de las participaciones se ha hecho constar en el Libro registro de socios o de que la titularidad de las acciones nominativas se ha hecho constar en el Libro registro de acciones nominativas»; y el correlativo deber del notario, en virtud del artículo 173 del Reglamento Notarial, de velar por que la escritura pública retina los requisitos legalmente establecidos para provocar la modificación de Registro, en este caso los taxativos que establece la Ley de Sociedades de Capital para la inscripción de la escritura de aumento de capital.

¹¹² Cfr., artículos 22 y 23 del Código de Comercio.

¹¹³ Traído de los acuerdos del G20 en torno a la lucha contra los medios de financiación de operaciones ilícitas, especialmente por lo que se refiere al blanqueo de capitales y la prevención del terrorismo, en España regula este Código LEI el Real Decreto-ley 14/2013, de 29 de noviembre, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de

supervisión y solvencia de entidades financieras. A este objeto, toma como referente normativo el Reglamento 648/2012, de 4 de julio de 2012, relativo a los derivados extrabursátiles, a las entidades de contrapartida central y a los registros de operaciones, en relación con la identificación de los intervinientes en un contrato de derivados para su inscripción en los registros de operaciones.

¹¹⁴ La Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido oportunidad de pronunciarse acerca de la naturaleza de la función del Registro Mercantil, a estos efectos, en las resoluciones de 16 de julio de 2015 (núm. 10268) y de 30 de octubre de 2017 (núm. 13611), en las que no obstante la existencia de inexactitudes de orden fiscal o de la falta de depósito de las cuentas, considera que no se trata de una función calificadora, sino más bien, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 16 del Código de Comercio, de «otras funciones del Registro Mercantil». El interés protegido, esto es, el derivado de la política de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, impide que el cierre registral de la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil excluya la asignación del código LEI. Esto, sin embargo, no es de aplicación, por razones de seguridad jurídica, cuando exista una discrepancia entre el domicilio registral de la sociedad solicitante y el que figuraba en la solicitud del código de identificación, en cuyo caso, concluye, no procede la resolución estimatoria de la concesión del código LEI hasta su subsanación o regularización.

¹¹⁵ Para ello parte del artículo 3 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembro a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, que ha sido derogada por la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2017, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades.

¹¹⁶ Al respecto, pueden verse la preguntas frecuentes sobre la «declaración de titular real» de la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, publicadas por los Registradores de España (www.registradores.org).

¹¹⁷ A este objeto, la Orden JUS/319/2018, de 21 de marzo, tanto para el modelo normal como para el modelo abreviado y para el modelo PYMEs, modifica la redacción del punto 3, sobre la «Información que se debe presentar en el Registro Mercantil para adaptarla a la incorporación tanto de la Declaración de identificación del titular real como del Informe sobre información no financiera». Igualmente, para la presentación en soporte electrónico, incorpora la nueva codificación correspondiente tanto al Informe sobre información no financiera como a la Declaración de identificación del titular real, así como la información que contienen los nuevos códigos. De igual modo, en los test de errores, a fin de que advierta al usuario de la aplicación informática que se ha incumplido el deber de rellenar la declaración, incorpora el nuevo test de cumplimiento obligatorio RITR_001, referido a la Declaración de identificación del titular real.

¹¹⁸ MET-DOMESTICI, A., *cit.*, 228, también apunta aquellas situaciones en las que los registros incluyan a personas que no sean las que verdaderamente tengan a condición de beneficiarios de las personas morales concernidas en el asunto. En la misma línea, NOUGAYRÈDE, D., *cit.*, 430, 433 y 435-6, para quien se trata, en suma, no de establecer un marco normativo formal, sino de dar una respuesta global de Derecho sustantivo.

¹¹⁹ Añade la posibilidad de acceso a través de un registro en línea y el sometimiento al pago de una tasa por los costes administrativos.

¹²⁰ También en el Derecho alemán, KRAIS, J., *cit.*, 255; pero aquí los inconvenientes nacen de la publicidad encomendada al Registro Mercantil respecto del interés por conocer de forma correcta los datos de los empresarios y de las demás entidades sujetas a inscripción; si bien esto lleva a que el Registro Mercantil sea un registro público, el Registro de acceso de la titularidad real o de los beneficiarios efectivos solo se justifica por su función de prevención, y por ello su acceso es limitado, en particular en relación con la protección de datos de carácter personal.

¹²¹ *Vide* artículo 52.1.b) de la Ley 10/2010, en relación con las sanciones por infracciones graves contempladas en el artículo 57.

¹²² Un ejemplo de esto podría ser el controvertido caso de Edward Snowden en el documental *Citizenfour*.

¹²³ Cfr., considerando 35 en la versión de 19 de diciembre de 2016 y considerandos 22(a), 33 y 35 del documento de la Presidencia de 19 de diciembre de 2017.

¹²⁴ Cfr., considerando 35(a) en la versión de 19 de diciembre de 2016 y 29 del documento de la Presidencia de 19 de diciembre de 2017.

*(Trabajo recibido el 1-3-2018 y aceptado
para su publicación el 18-5-2018)*

La transmisión del *ius delationis*
ex artículo 1006 del Código Civil
y la resolución de la DGRN
de 22 de enero de 2018, en relación a
la sentencia del TS de 11
de septiembre de 2013

*The transmission of the «ius delationis»
«ex» article 1006 of the Spanish
Civil Code and the resolution of the
Directorate-General of Records and
Notaries of January the 22nd, 2018
regarding the judgement of the Supreme
Court of September the 11th, 2013*

por

CÉSAR-CARLOS PASCUAL DE LA PARTE
Notario

RESUMEN: El presente artículo tiene como objeto fundamental, tratar de evitar interpretaciones que puedan dar lugar a cuantiosas indemnizaciones, como

consecuencia de impugnaciones judiciales de particiones en las que sea operativo el derecho de transmisión y no haya intervenido, prestando su consentimiento, el cónyuge viudo del transmitente o segundo causante (o sus legitimarios no herederos). Pues, por el derecho de transmisión se sucede al llamado a suceder; y no a otra persona, aunque se adquiriera su patrimonio.

ABSTRACT: This contribution aims at preventing interpretations that could lead to expensive compensations as a consequence of judicial objections to allotments of inheritances to which the Transmission Right should be applied and in which the widowed spouse of the transferor or second deceased (or the latter's entitled persons to a reserved share who are not heirs) have not intervened to give their consent. Because, according to the Transmission Right, a person succeeds the one previously called to succeed and no other person, even if the latter's estate may have been obtained.

PALABRAS CLAVE: Derecho de transmisión. Herencia. Cónyuge viudo.

KEY WORDS: Right of transfer. Inheritance. Widowed spouse.

SUMARIO: I. NOTA PRELIMINAR.—II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.—III. LA VOCACIÓN, LA DELACIÓN Y LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA.—IV. INTRANSMISIBILIDAD DE LA VOCACIÓN Y DELACIÓN.—V. EL TRANSMISARIO EJERCITA EL CONTENIDO DE UNA VOCACIÓN AJENA.—VI. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS; NO SE PUEDE SUCEDER A NADIE EN SU DERECHO A SER HEREDERO.—VII. NO HAY UNA SOLA RETROACCIÓN SINO DOS.—VIII. LA CAPACIDAD DEL HEREDERO TRANSMISARIO.—IX. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 22 DE ENERO DE 2018.—X. UNA POLÉMICA MAS GENERAL.—XI. EJEMPLOS PRÁCTICOS QUE SE Oponen Y CONTRADICEN LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA RECTA VÍA.—XII. EL PROBLEMA DEL «*NOMEN IURIS*».

I. NOTA PRELIMINAR

El presente artículo tiene como objeto fundamental, tratar de evitar ciertas interpretaciones que puedan dar lugar a cuantiosas indemnizaciones, como consecuencia de impugnaciones judiciales de particiones en las que sea operativo el derecho de transmisión y no haya intervenido, prestando su consentimiento, el cónyuge viudo del transmitente o segundo causante (o sus legitimarios no herederos).

Y, de paso, insistiremos en tres ideas básicas (la delación hereditaria, la capacidad para suceder y la retroacción de efectos; las cuales tomamos fundamentalmente del trabajo que se dice a continuación; y algunas más añadiremos en este artículo); para dejar bien claro que: *¡por el derecho de transmisión se sucede al llamado a suceder; y no a otra persona, aunque se adquiera su patrimonio!*

Nuestra opinión al respecto, está recogida de manera amplia y detallada en *Anuario de Derecho Civil, Tomo XLIX, octubre-diciembre, año 1996; 1541-1597, «Sobre el carácter meramente instrumental de la transmisión del ius delationis (ex art. 1006 del Código Civil). La posición jurídica del transmitente y del transmisario» de José Luis FERNÁNDEZ ÁLVAREZ y César Carlos PASCUAL DE LA PARTE.*

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de marzo de 2014, me hicieron escribir unas notas de urgencia en esta Revista (mayo-junio de 2014, núm. 749), haciendo algunas reflexiones y advertencias sobre una doctrina que considerábamos errónea y que iba a dar lugar a interpretaciones peligrosas o disparatadas.

Recientemente, la resolución de 22 de enero de 2018, ha tratado de clarificar toda esta cuestión y dar unas pautas interpretativas, que deben de considerarse muy afortunadas, convenientes y oportunas.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Pues bien, debemos recordar, otra vez más, el supuesto de hecho.

El llamado «Derecho de Transmisión» viene recogido en norma precisa por nuestro Código Civil en el artículo 1006, que dice: *«Por muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».*

El supuesto de hecho, siguiendo a GITRAMA, es claro: Fallece A dejando como heredero a B, el cual fallece posteriormente sin aceptar ni repudiar la herencia de aquel, por lo que su derecho pasa (vía art. 1006) a su heredero C, pudiendo ocurrir que, así mismo, fallezca C, también sin aceptar ni repudiar, por lo que tal derecho pasará a D..., y así sucesivamente, sin límite alguno, hasta que se adquiera la herencia en cuestión o se la repudie.

Y de todos es conocida la clásica discusión si el *transmisario* o adquirente, cuando actúa o ejercita el *ius delationis* contenido en la herencia de su causante y transmitente (que murió sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante a él deferida), se convierte en heredero del primer causante o si, por el contrario, es simple heredero del transmitente (o segundo causante).

— *La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 en su fundamento de derecho segundo dice: «...considera el recurrente que los*

bienes pasan directamente del primer causante al transmisario cuando estos ejercitan positivamente el “ius delationis”. En el presente caso, el motivo debe ser estimado». Dicha sentencia en su F.D. 2.º apartado 5.º dice claramente: «No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente.

— Por su parte, la resolución de la Dirección General de 26 de marzo de 2014, siguiendo los dictados del Tribunal Supremo en la mencionada sentencia, después de afirmar, en su fundamento de derecho 4.º, niega la necesidad de intervención del cónyuge viudo del heredero transmitente, llegando a afirmar: «La consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial es que en las operaciones divisorias de la herencia que motivan este recurso (la del primer causante) no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios, por lo que este extremo de la calificación impugnada debe ser revocado».

Ha habido posteriormente varias resoluciones más sobre este tema (11 de junio y 6 de octubre de 2014, 2 de marzo y 9 de junio de 2015, 4 de febrero de 2016 y 26 de julio de 2017) que han ido acrisolando la doctrina de la de 22 de enero del año 2018, a la que después nos referiremos, y que ha tratado de evitar la polvareda jurídica que ya se presagiaba iba a ocurrir tras la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013.

Pues bien,

Prescindiendo de cualquier conjetura, idea ingeniosa o malabarismos jurídicos, nos vamos a ceñir, como si de una fórmula matemática se tratase, a los hechos y a sus naturales consecuencias. En efecto, para determinar si un postulado, teorema o teoría es correcto, hay que demostrar que las consecuencias que se siguen de su aplicación son lógicas, evidentes y no vulneran ningún principio de reconocida universalidad dentro del ordenamiento jurídico de que se trate.

Y si bien, en la *ciencia matemática*, una formulación concreta debe seguir un método empírico de demostración, para comprobar que el principio formulado no es contradicho por las consecuencias de él derivadas, esa certeza no puede existir en la ciencia jurídica, como discursiva que es. Pero lo que sí se le puede y se debe exigir a la ciencia jurídica es que la formulación de una teoría 1.º) pueda ser probada o ratificada por vía de consecuencia y 2.º) que no

vaya en contradicción de principios básicos y fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate (romanista o germanista).

En este sentido, la formulación más correcta de la teoría de la sucesión directa del transmisario al primer causante que sigue nuestro Tribunal Supremo, es la del profesor ALBALADEJO (en su art. «La sucesión iure transmissionis», *ADC* 1952, 954 y sigs.) y se puede resumir de la siguiente manera: subsiste la primera delación, es decir, el «*ius delationis*», que nació del primer llamamiento, pero con la muerte de su titular, el «*ius*» se transmite a sus sucesores, *por lo que cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida*, aunque el derecho en base al que la adquiere sigue siendo el mismo que tenía su transmitente.

Para este mismo autor, *el adquirente, es sucesor del transmitente en el «ius delationis» y sucesor del primer causante en la herencia de este*. Pero sucesor directo, recta vía, y no a través del transmitente. Este es solo un órgano que transmitió el derecho a aceptar. De manera que *la retroactividad de la aceptación del adquirente del «ius delationis» debe producir el efecto de dar por adquirida por dicho adquirente la herencia del primer causante en el momento de la muerte de este*.

El transmitente solo ha sido el vehículo por el que el «*ius delationis*» ha ido a parar al adquirente, pero este sucede directamente al primer causante de la herencia y al transmitente en la suya, y dentro de ella en el «*ius delationis*» que le posibilita la adquisición de aquella; es decir, que estamos ante dos sucesiones distintas de dos personas diferentes, *requiriéndose por tanto «doble capacidad sucesoria»*.

Por el contrario, respecto a la doctrina clásica, o de doble transmisión, la formulación más correcta es la de ROCA y LACRUZ.

Tan solo indicar que para LACRUZ, «la aceptación del transmisario determina que herede el segundo causante (o sea, el primer instituido) y solo *a través de la herencia de este*, produciendo sus efectos en la herencia de este, *como parte de la herencia de este, llega hasta la esfera jurídica del transmisario la sucesión del primer causante*.

El transmisario ha recibido del segundo causante el derecho a aceptar la herencia del primero, pero la Ley no puede hacer que el transmisario sea directamente llamado a ella, puesto que el primer causante no ha pensado en él ni lo ha nombrado en el testamento...

La adquisición de la herencia se verifica con *efecto retroactivo al momento del fallecimiento del primer causante, cosa indispensable para que se produzca una solución de continuidad en las relaciones jurídicas*. El transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente y nunca como verdadero y directo heredero del primer causante: heredero es el segundo causante (transmitente), y, por tanto, si el transmisario repudia la herencia, podrán los acreedores de aquel aceptarla en virtud del artículo 1001 Código Civil» (*Elemento de Derecho civil V, Derecho de Sucesiones, 1981, 54 a 56*).

Particularmente, nunca he acabado de entender que se haya oscurecido una teoría como la clásica de la doble transmisión, con un recio abolengo doctrinal desde el Derecho romano, los glosadores y la opinión de los autores y comentaristas de las Codificaciones de derecho civil en Europa (véase en este sentido el magnífico trabajo de José Manuel GARCÍA GARCÍA: *La sucesión por derecho de transmisión*.- Editorial Civitas. Madrid 1996, 30 a 145) y se haya aceptado y adoptado en los tiempos modernos la inicial teoría minoritaria del profesor ALBALADEJO, confirmada ahora por el Tribunal Supremo; y la sorpresa es mayor si se tiene en cuenta: los malabarismos jurídicos (cercaos a la magia) que hay que utilizar para defender esa construcción jurídica, junto a la multitud de problemas que plantea; ninguno de los cuales había planteado cuestión alguna de importancia hasta esa fecha.

Algo realmente increíble.

III. LA VOCACIÓN, LA DELACIÓN Y LA ADQUISICIÓN HEREDITARIA

Para la adquisición de la herencia, en nuestro derecho, se exige *la aceptación* por el llamado a ser heredero. ¡Lo cual demuestra muy a las claras que estamos en un sistema de corte romanista!

Pero desde que fallece una persona hasta que se adquiere su herencia, se suelen distinguir una serie de fases o etapas (que pueden coincidir en el tiempo) aunque siempre pueden separarse conceptualmente.

En este sentido, es común opinión entre la práctica unanimidad de los autores, distinguir entre: 1.º La apertura de la sucesión; 2.º La Vocación a la herencia; 3.º La Delación de la herencia; y 4.º La Adquisición de la herencia.

1.º. *La apertura* de la sucesión, se produce en el momento de la muerte del causante (a la que se equipara, con algún matiz, la declaración de fallecimiento); es decir, necesaria y forzosamente en ese instante: ni antes ni después. En ese momento, el conjunto de relaciones jurídicas de que era titular el difunto, se ha convertido en herencia, en espera de un heredero.

2.º. *La vocación* a la herencia, es un llamamiento «in abstracto» de todos los posibles herederos «abintestato» o designados principal o subsidiariamente por el testador, en el momento de la muerte del causante. Es decir, la muerte, que produce automáticamente la apertura de la sucesión, provoca también y simultáneamente, aunque como fase jurídica conceptualmente independiente, la vocación o llamamiento a la herencia.

3.ª. *La delación* de la herencia, es el concreto ofrecimiento de la herencia (Como decía el Digesto: «*Delata hereditas intelligitur quando quis possit adeundo consequi*»; la palabra «Delación», se deriva del verbo latino *deferere*, *deferere*, *detuli*, *delatum*, que significa presentar u ofrecer). Supone un paso más: implica

la existencia de una persona concreta y determinada llamada a la herencia, con posibilidad inmediata de aceptarla. Como dice LACRUZ, esa posibilidad inmediata de aceptar es la característica de la Delación.

En definitiva, no todos los llamados o vocados van a ser «Delados». Solo serán delados aquellos que reúnan (cumulativamente) los requisitos requeridos por la Ley para ello:

1. Que la sucesión esté abierta;
2. Que exista una designación, llamamiento o vocación para suceder, siendo indispensable que el llamado esté determinado o, cuando menos, sea determinable; si bien hay que aclarar que, en este último caso (mientras el designado no se haya determinado) la herencia no está puesta a su disposición y no la puede aceptar (v. grac. cumplimiento de la condición suspensiva —«conditio facti»— o nacimiento de concebido);
3. Que el llamado sobreviva al difunto;
4. Que el llamado a la herencia tenga aptitud y capacidad.

4.º. La adquisición de la herencia. Es la última fase; y se produce por la *aceptación* de la misma por el heredero, el cual asume el conjunto de titularidades transmisibles del causante (activas y pasivas).

Estos conceptos son fundamentales con el fin de dejar bien sentado que solamente la PERSONA DELADA, *previamente designada* (o, si se prefiere, «nombrada») por el testador o por la Ley, con carácter único o preferente, exclusivo o excluyente, va a poder ser heredera del causante.

O, dicho de otra manera, la persona que tiene delación actual y concreta va a impedir que cualquier otro posible llamado o «vocado» pueda adquirir la herencia que se le ofreció a aquel; y aún menos, si no tiene «vocación».

Por ello, pensamos que en el llamado Derecho de Transmisión, recogido por el artículo 1006 del Código Civil en norma precisa, el transmisario, QUE NUNCA FUE DESIGNADO POR EL PRIMER CAUSANTE NI DELADO EN SU HERENCIA, JAMÁS PUEDE SER SU HEREDERO DIRECTO (por más que adquiera su herencia).

En efecto, el transmitente no puede transmitir a los «suyos» más derechos que los que tiene y puede (aceptar o renunciar); por eso *no puede* transmitir su titularidad de delado al ser esta personalísima e intransmisibles, sino tan solo su contenido económico o ejercicio de ese *ius adeundi*; y tampoco puede transmitir la herencia misma, porque *no la tiene*, no la ha hecho suya aceptándola. Por tanto solo transmitirá lo que sí tiene y sí puede; *lo tiene*, porque su cualidad de delado le permitía ejercitar el «*ius delationis*» y se *puede* porque el artículo 1006 así lo establece imperativamente y de manera instrumental. De manera que solo la posibilidad de EJERCITAR el «*ius delationis*» pasará a sus herederos, y nada más. Justamente por eso, el transmisario no puede tener el derecho de suceder recta vía al primer causante, tras haberlo adquirido derivativamente del

llamado o transmitente; sino que, por el contrario ese «brinco» por encima del transmitente (designado-nombrado y delado) no es posible.

IV. INTRANSMISIBILIDAD DE LA VOCACIÓN-DELACIÓN

Se podría argumentar EN CONTRA de lo dicho que el transmitente sí que tiene el derecho de ser heredero (aunque no la herencia misma) y justamente por eso lo puede transmitir vía «*ius transmissionis*».

PERO se podría responder que el «*ius transmissionis*» *no tiene virtualidad bastante para cambiar las designaciones, vocaciones y titularidad de las delaciones*, esto es, las cualidades y titularidades sucesorias o hereditarias. Por otra parte, si los que siguen la teoría del profesor Albaladejo parten de la base de que con la muerte del transmitente cambia la persona que puede adquirir la herencia (=cambia el sucesor) pero permanece la original vocación o delación (sean o no una misma cosa para los autores), en tal caso, decimos, *resultaría más que chocante el que, no habiéndose extinguido la vocación-delación del transmitente, fuera otra persona (el transmisario) el sucesor: tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido*. En resumen, si el transmisario es sucesor del primer causante recta vía, la pregunta es la siguiente. ¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?

De manera que la cualidad de delado está vinculada a la cualidad de heredero; toda vez que constituye un estadio previo o «embrión».

Y respecto que, al fallecimiento del transmitente-delado, «brote la nueva delación del transmisario», pensamos que no es posible ese nuevo «brote» sino merced a dos vocaciones distintas, como veremos a continuación.

Y mucho menos pensamos que ese «brote» se deba a una reproducción de la delación hecha por ministerio de la ley (*ex lege*) a favor del heredero del transmitente, una vez fallecido este, como sostiene VALDEOLMILLOS («*La transmisión del ius delationis*», 470, siguiendo a NICOLO y 480, primer párrafo); *¡¡¡pues de ser así nada se transmitiría!!!* (para más argumentos, además de los nuestros y en contra de la teoría de NICOLO, véase ALBALADEJO, obra citada, 944 y 945).

También a este respecto escribe BARBERO (Al que cita ALBALADEJO en su Sucesión «*Ius Transmissionis*», 945; nota (77)): «*Este derecho (a aceptar la herencia deferida a otro) no significa transmisión de la vocación a suceder al primer «de cuius»*. Es, por el contrario, *efecto de la propia vocación de suceder al segundo*».

El mismo ALBALADEJO, aunque en desacuerdo con BARBERO en otras cuestiones, afirma claramente la intransmisibilidad de la vocación, al escribir: «*Pero lo que la Ley no puede hacer (continúa ALBALADEJO) es que el llamado sea otro distinto del que lo fue, es decir, que el llamamiento se dirija a quien no se dirigía*. O, si se quiere, lo que la ley puede hacer es que los «efectos»

del llamamiento se produzcan en cabeza de otro, y que este reciba el derecho a aceptar la herencia (transmisión del «*ius delationis*»), pero lo que no puede lógicamente hacer es que resulte llamado aquel a quien no se llamó (que es lo que sería la transmisión de la vocación).

Y es que, está bien que se suceda por testamento o por Ley, o en parte por testamento y en parte por la Ley. Pero que se suceda recta vía por derecho de transmisión: *¿Qué clase de sucesión es esa que dirige el llamamiento a quién no se dirigía y hace heredero a quién no se llamó?*

En efecto, *es cierto* que la delación u «ofrecimiento de la herencia», *objetivamente considerada*, es irrelevante a quien se haga, al haberse patrimonializado el contenido del «*ius delationis*», lo que lo hace transmisible *mortis-causa* en la actualidad (a diferencia del Derecho Romano, no obstante conocer este notables excepciones).

Sin embargo, no se puede desconocer ni olvidar que la delación TRAE CAUSA en una previa *designación o nombramiento* (testamentario o intestado), de manera que NO se puede ofrecer a cualquiera una delación desvinculándola de su causa u origen.

Con lo cual, *la delación es ya relevante* en el sentido de no poderse separar de dicha causa; pues lo contrario supondría cambiar alegremente la designación previa, vía transmisión del «*ius delationis*».

En efecto, como explica Domingo IRURZUN GOICOA, siguiendo a Antonio HERNÁNDEZ GIL («*Por qué- y cómo- se llega a heredar*»; *Revista Jurídica del Notariado*, julio-diciembre año 2015; páginas 3, 8, 9 y sigs.), «la sucesión siempre se abre para alguien «concreto»; por eso «la delación sucesoria se halla en íntima relación de dependencia con la determinación de su destinatario... previa concreción de la *causa* que lo vincula al causante»; esto es, «razones que la ley ha establecido para heredar». Y esas razones son únicas y exclusivamente las del artículo 658 del Código Civil, es decir, o la voluntad del testador o criterios familiares y sociales. Y esas «causas» de la delación son indisponibles para el nombrado, cuya voluntad carece de poder alguno al efecto.

(Sobre este particular, es muy preciso y técnico el trabajo de Alfredo GARCÍA-BERNARDO LANDETA: «*Designación mortis-causa, vocación hereditaria y adquisición automática*», en *Revista de Derecho Notarial*, mayo-junio, año 1959).

Respecto al hecho de que el heredero transmisario ejercite el «*ius delationis*» *en su propio nombre* (lo que el Tribunal Supremo en su indicada sentencia de 11 de septiembre del año 2013 ve como un argumento a favor de la adquisición recta vía al primer causante), hay que aclarar que, al ejercitar o actuar el *ius delationis* el transmisario (aceptando o repudiando), lo hace en nombre propio, y no el de su causante o transmitente, PERO eso ocurre toda vez que este no podría hacerlo. Es decir, lo hace en nombre propio por cuanto ejercita el derecho (*ius delationis*), que por imperativo legal recibe del transmitente en virtud del artículo 1006.

Y aún hay más; pues no se puede considerar que lo hace en nombre del transmitente: porque ni tiene poder de este (y de tenerlo se extinguiría con la muerte del poderante, y nada podría ejercitar), ni tampoco podría ejercitarlo en nombre del transmitente, porque, a diferencia de la titularidad, el ejercicio o actuación del *ius delationis* ya no lo ostentaba aquel, sino el transmisario (que lo recibe, como dijimos, por imperativo legar al fallecimiento del mismo), al haber fallecido el transmitente, no obstante haber sobrevivido con capacidad al primer causante, sin aceptar ni repudiar su herencia. Es decir, el transmisario ejercita *en nombre propio el contenido* (que por imperativo legar *ex* artículo 1006 se le transmite) *de una delación cuya titularidad corresponde a otro.*

V. EL TRANSMISARIO EJERCITA EL CONTENIDO ECONÓMICO DE UNA VOCACIÓN AJENA

En definitiva, lo que el artículo 1006 del Código Civil permite *de manera instrumental*, es una transmisión que permita ejercitar el derecho de aceptar o repudiar que tenía el transmitente (o persona con vocación-delación en virtud del testamento o de la Ley) sin tener delación para ello. Una excepción a la regla general, por motivos de equidad.

Pues si la delación se extinguiere con la muerte del transmitente, (cosa que hubiese ocurrido de no existir el art. 1006), el transmisario no podría haberla ejercitado porque el transmitente ya no la tendría (como ocurre en los supuestos de sustitución vulgar o derecho de representación en donde hay delaciones sucesivas); por tanto, el ejercicio del contenido económico de la delación realizada por el transmisario, demuestra que dicha delación o vocación subsiste; y, si bien la ley no puede permitir que el transmisario sea heredero del primer causante (los principios sucesorios se lo impiden) sí permite que adquiera la herencia objeto de su contenido (¡¡¡no como sucesor del primer causante, sino como heredero del transmitente!!!).

Y es que, el artículo 1006 permite que la cualidad de delado no se extinga por su muerte (la vocación ha cristalizado en su persona y es indiferente lo que le ocurra, viva o muera sin aceptar o repudiar; en cuyo caso, seguirían los efectos normales que el ordenamiento jurídico prevee para cada caso); si se extinguiere la delación con la muerte de su titular (el transmitente), la cualidad de heredero recaería en persona no delada y el transmisario, al ejercitar el «*ius delationis*» (aceptando o renunciando) estaría haciendo uso de un derecho sin titular, toda vez que el transmitente, al haber fallecido, habría perdido dicha titularidad, que quedaría extinguida.

Pero el transmisario tampoco ostentaría dicha titularidad, por no poder transmitírsela el transmitente (habida cuenta el carácter personalísimo e intransmisible, que se extinguiría con su muerte), ni haber sido llamado a heredar (al

no ser delado), ya que no ha sido nombrado por el causante en su testamento o declarado como tal de forma intestada; es decir, no tiene un poder jurídico actual y concreto a hacer propia la herencia.

Y por otro lado, la ley NO puede llamar para ser heredero a otra persona que no ostente la cualidad de delado; es decir, no cabe que la ley pueda atribuir (originaría o derivativamente), «*ex lege*» la titularidad del «*ius delationis*» a otra persona distinta a quien debe ir dirigido según los principios sucesorios.

Y llegados a este punto solo quedan dos opciones:

1.º. o entender que se produce una investidura post-mortem de heredero en la persona del transmitente, es decir, una presunción legal implícita en la formulación del artículo 1006; o

2.º. simplemente un supuesto en donde se adquieren derechos hereditarios por quien no son los titulares de la vocación ni delación hereditarias; pero sin que esa adquisición suponga adquisición también de la cualidad de heredero (volveremos al final sobre esta cuestión).

Pero, prescindamos de dar «*nomen iuris*» a este fenómeno sucesorio (pues su configuración puede dar lugar a nuevas y novedosas teorías o figuras jurídicas), y centrémonos, paso a paso, en lo que ocurre cuando es aplicado este derecho.

Pues bien, de cuanto llevamos dicho es evidente que, al ser la vocación y la delación personalísimas, intocables (por poco que se toquen se deshacen y hacen transito a herencia aceptada vía art. 1000 del Código Civil), y de la que ni siquiera se puede desprender el propio transmitente, se *crystaliza jurídicamente* al tiempo de morir dicho transmitente; es decir, que ese título o llamamiento sucesorio (testamentario o legal) se consolida y fija en el momento de la apertura de la sucesión del primer causante; de tal modo que: «todos los requisitos y efectos del fenómeno sucesorio se reconducen a ese primer momento de la sucesión. En resumen, producida la vocación y posterior delación tras la muerte del causante, es indiferente lo que posteriormente ocurra, se acepte o se repudie (como dice GARCÍA GARCÍA).

Eso nos lleva a que, fallecido el transmitente sin aceptar ni repudiar la herencia a él deferida, vía artículo 1006, por exclusivos motivos de equidad (que originariamente eran «de sangre»), se produce una transmisión instrumental (meramente legitimadora para que ejerciten el contenido de la delación) a «*los suyos*» (o sea, a los *herederos* que lo sean del transmitente llamado «*del mismo derecho que él tenía*»: el de aceptar o repudiar la citada herencia (*ius adeundi*).

Se configura, así, el *ius transmissionis* que permite el artículo 1006 del Código Civil como un mero título legitimador para ejercitar el derecho de aceptar o repudiar que tenía el transmitente, PERO (he aquí la novedad) ¡¡¡sin tener vocación ni delación!!!; pues, si no se hubiese patrimonializado el contenido del *ius delationis*, no podría haber sido posible la transmisión de su ejercicio que posibilita el citado artículo, al permitir que la vocación y delación del

transmitente respecto del primer causante no se extinga con su muerte, según se razonó antes.

O sea, *el ejercicio* de la vocación o delación (que no su titularidad) se ha objetivado, patrimonializado, permitiendo su trasmisión y el artículo 1006 del Código Civil, instrumentalizando una transmisión legitimadora para dicho ejercicio, evita el derecho de acrecer, la sustitución vulgar o la apertura de la sucesión intestada (es precisamente esa patrimonialización de su contenido lo que hace que tenga que ser computado económicamente en la herencia del transmitente, como veremos).

Vemos, pues, entre otros muchos motivos, porqué el transmisario no puede suceder jamás recta vía al primer causante: porque nadie puede suceder sin tener vocación y delación; y el artículo 1006 no concede ni la una ni la otra; por eso, el transmisario sucede o, mejor, adquiere a través de la herencia del transmitente y nunca directamente al causante.

Que esto sea así, además de lo dicho, lo prueba el hecho incontrovertible de que no se puede aceptar la herencia del primer causante sin que *previamente* se acepte la del transmitente; es decir, el vehículo que le conduce a aquella.

Pues, como ya se sabe, y resume ROCA SASTRE:

a) «El heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisario) NO puede optar por aceptar la herencia objeto del mismo (la del primer causante) y repudiar la herencia propia del transmitente... Pero no cabe tal opción, puesto que el «*ius delationis*» es un valor patrimonial íntegramente del patrimonio del transmitente y, por tanto, el heredero de este no puede aceptarla y repudiarla en parte. La aceptación ha de ser total (art. 990), pues es fundamental el principio de la indivisibilidad de la aceptación hereditaria («*vel omnia admittantur, vel omnia repudiantur*»).

b) Inversamente, el heredero favorecido por el derecho de transmisión (transmisario) que acepta la herencia propia de este (la del transmitente), puede repudiar la herencia objeto del derecho de transmisión (la del primer causante), por cuanto adquiere el «*ius delationis*», el cual implica la facultad alternativa de aceptar y renunciar».

Por tanto, nada de suceder recta vía al primer causante; sino que, a la muerte del transmitente, el transmisario se hace su heredero por medio de la aceptación de su herencia. Pero la masa hereditaria del transmitente está integrada por el conjunto de bienes, derechos y acciones de que era titular cuando se produjo la vocación a su favor; es decir, el mismo derecho que se le trasmite al transmisario es el que tenía el transmitente, no otro; esto es, dejando integrados en su herencia, con la aceptación del transmisario, todos los bienes y derecho a él deferidos. Y el transmisario, como antes se aclaró, si bien no ejercita un derecho propio (sino el mismo derecho que tenía el transmitente), sin embargo, ese ejercicio del derecho ajeno transmitido lo hace en nombre propio.

El transmitente reunió ya todos los requisitos necesarios para la adquisición de la herencia: vocación, delación, sobrevivencia y capacidad sucesoria, pero le faltó la aceptación. A su muerte, ya hemos visto cómo y en qué condiciones pasa ese derecho de aceptación o repudiación al transmitente, como un último eslabón para cerrar la adquisición de esa herencia deferida a su causante y transmitente.

Pero, entonces, ese derecho, el *ius delationis* ya está incluido íntegramente y formando parte de la masa hereditaria del transmitente. Y el hecho del que el transmisario ejercite el contenido de una vocación ajena no le convierte en heredero recta vía del primer causante; porque ni tiene vocación, ni tiene delación, ni tiene llamamiento alguno directo, sino tan solo, un título de legitimación extraordinaria para ejercer un derecho contenido en una vocación ajena que le permita adquirir la herencia del primer causante.

Pues no olvidemos que el llamamiento: la vocación y la delación, perduran hasta que se extinguen y solo se extinguen con su ejercicio, pues el artículo 1006 exceptúa su extinción por fallecimiento de su titular hasta que se ejercite dicho derecho.

VI. LA RETROACCIÓN DE EFECTOS. NO SE PUEDE SUCEDER A NADIE EN SU DERECHO A SER HEREDERO

Y llegamos así al punto culminante de esta vidriosa cuestión: la retroacción de efectos producidos al ejercitarse el *ius delationis*.

En efecto, tanto la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, como la resolución de la DGRN de 26 de marzo de 2014, parecen seguir; a estos efectos, la postura de ALBALADEJO (obra citada), que propone como argumento definitivo de su teoría (la sucesión recta-vía), el efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, pues dice: «*si la herencia, del primer causante se recibiese así mismo del transmitente (es decir, se «sucede» en ella al transmitente; este es el «causante». Este es la persona a quien se «hereda»), habría que afirmar lo siguiente... los efectos de la aceptación de tal herencia solo se retrotraen hasta la muerte del transmitente. Lo cual es inadmisibile, y retrotraídos hasta el momento de la muerte del primer causante prueban que este es el causante o persona a quien directamente heredan los ya herederos del transmitente*» (obra citada en 954) y añade en su nota (97): «*Si a él se sucedió, él es el causante o persona a quien se hereda, a cuya muerte manda el artículo 989 del Código Español que se retrotraigan los efectos de la aceptación*»... y este argumento se considera por muchos como insalvable para quienes, siguiendo la teoría contraria de LACRUZ, opinan que es el transmitente y no el transmisario el que hereda al primer causante.

Es decir, la ocurrencia del profesor ALBALADEJO, fue decir que el transmisario sucedía al transmitente en el *ius delationis* y sucedía al primer cau-

sante en la herencia de este. Pero «sucesor directo, recta-vía y no a través del transmitente».

Sin embargo, ¿cómo va a ser el transmisario heredero recta-vía del primer causante, si recibe el *ius delationis* englobado o formando parte de la herencia misma del transmitente, y todas las transmisiones de derecho tienen carácter derivativo y no originario? En efecto, en el presente caso, tal *ius delationis*, fallecido el transmitente, ya forma parte de la herencia del mismo; y solo se puede transmitir al transmisario, como el resto de sus bienes, derechos y acciones que integran su herencia, de manera derivativa; y el transmisario lo adquirirá como heredero del transmitente, por tal circunstancia.

Por lo que si el *ius delationis* lo adquiere en transmisario DERIVATIVAMENTE del transmitente (como el propio ALBALADEJO afirma), no cabe hablar de adquirir recta-vía la herencia del primer causante. En una contradicción que encuentra su apoyo en que la titularidad de *delado* en el transmitente se extingue a su fallecimiento, y, entonces, se produce una titularidad sucesiva en el «*ius*» (¡¡¡aunque persistiendo la misma y única vocación del transmitente!!!, según asegura).

Sin embargo, justamente, el hecho de implicar el ejercicio del *ius delationis* dos transmisiones, nos lleva a afirmar que se producen ¡¡DOS RETROACCIONES!! (pues si ha 2 fallecimientos hay 2 transmisiones, y si hay 2 transmisiones hay dos retroacciones).

En efecto, como ya dejamos escrito en nuestros trabajos anteriores (es muy importante retener los conceptos), de seguirse la posición de la adquisición recta-vía por el transmisario (que postulan las novedosas sentencias del TS y de la DGRN, siguiendo la teoría del profesor ALBALADEJO y otros, que estamos criticando), sucedería lo siguiente: que el transmitente, al no ser sucesor del primer causante y, por tanto, no poder transmitir a sus herederos nada salvo el derecho de transmisión (dejando aparte los derechos de legítima, que aquí nos interesa), sin embargo, estaría en realidad transmitiéndolo todo, a través del mencionado *ius transmissionis*.

Es decir, que por vía indirecta o de consecuencia, el transmitente, que no llegó a heredar al primer causante, ni pudo ser su sucesor, transmitiría la cualidad de sucesor al transmisario (o sea, este le sucede al transmitente en su derecho a ser heredero), para que dicho transmisario lo herede TODO: todo el contenido de una vocación que iba dirigida a otro. Y es que, según pensamos, NO se puede suceder a nadie por derecho de transmisión. De manera que lo que *solo se puede transmitir por testamento o por llamamiento legal abintestato* (art. 858 del Código Civil), lo *estaría transmitiendo, de hecho, el ius transmissionis*.

Luego, si el transmisario adquiriese del transmitente la posibilidad de ser sucesor del primer causante, y adquirir la cualidad de sucesor es una transmisión en toda regla, ¿cómo se puede compaginar esto con la afirmación incontrovertible de que «nada corresponde de una herencia (la del pimer causante) a los

herederos del llamado a la misma (los transmisarios) que no llegue a heredar él (el transmitente)»?

El profesor ALBALADEJO y los que siguen su teoría (cuales son los nuevos fallos de nuestro Tribunal Superior de 2013 y de la DGRN de 2014, que comentamos) lo explica llegando a las conclusiones/afirmaciones del siguiente tenor (contenida en su obra: *La sucesión iure transmissionis*, ADC 1952):

- «Cambia el sujeto que puede adquirir la herencia», 945.
- «El transmisario... es sucesor del transmitente en el *ius delationis* y sucesor del primer causante en la herencia de este», 953.
- Heredero es el que sucede a título universal, aunque el derecho a tal sucesión no lo tenga por ser llamado a ella, sino por haberlo adquirido del llamado», (955)... etc.

Nosotros NO pensamos así, pues decir que el que no sucede no transmite, salvo el derecho de transmisión (lo cual es incontrovertible), pero, después, conceder a tal derecho de transmisión una operatividad tan descomunal (convirtiendo al ius transmissionis en un verdadero título sucesorio que posibilite suceder a otro en su delación, esto es, en su concreto derecho de ser heredero), casi equivale a decir (al menos, a efectos prácticos) que el que no sucede sí transmite.

Y es que el *ius transmissionis* NO tiene virtualidad bastante para cambiar las designaciones, vocaciones y titularidad de las delaciones; esto es, las cualidades y titularidades sucesorias y hereditarias. Por otra parte, si los que siguen la teoría del profesor ALBALADEJO parten de la base de que, con la muerte del transmitente, cambia la persona que puede adquirir la herencia (=cambia el sujeto), pero permanece la original vocación y delación; en tal caso, decimos, *resultaría chocante y contradictorio el que, no habiéndose extinguido la titularidad de la vocación-delación del transmitente, fuera otra persona (el transmisario) el sucesor; tanto su titular como el que pudiese adquirir todo su contenido.*

Y repetimos: si el transmisario es sucesor del primer causante recta-vía, la pregunta es la siguiente: ¿EN VIRTUD DE QUÉ TÍTULO SUCESORIO?

VII. NO HAY UNA SOLA RETROACCIÓN, SINO DOS

Así pues, de todo cuanto llevamos expuesto, resulta que la posibilidad de que el transmisario suceda en recta-vía al primer causante no es factible jurídicamente. Pues, si el transmisario sucediera en recta-vía al primer causante, ¿cómo se explica congruentemente esa «retroactividad directa» para sucederle en su herencia, si es principio básico de derecho sucesorio que el transmisario

no pueda aceptar ni repudiar la herencia del primer causante sin aceptar previamente la herencia del transmitente?

Ya hemos dicho, y es sabido por todos los juristas, que el transmisario puede aceptar la herencia del transmitente y repudiar la del primer causante, pero no puede aceptar la herencia del primer causante y repudiar la del transmitente; y eso, justamente por lo que llevamos expuesto y razonado cumplidamente: porque el transmisario no ejercita un derecho propio (*ius delationis*) sino «*el mismo derecho*» que tenía el transmitente que, al morir sin aceptar ni repudiar, se integra en su herencia como un derecho transmisible más (pero solo en cuanto su ejercicio y solo porque así lo permite y lo quiere el art. 1006 del Código Civil). O sea, el transmisario recibe el *ius delationis* englobado o formando parte de la herencia misma del transmitente.

Por tanto, si el transmisario no tiene *vocación ni delación* en la herencia del primer causante, el *ius delationis* lo recibe DERIVATIVAMENTE del transmitente; por lo que ni cabe hablar de adquisición recta-vía ni de retroacción sucesoria directa a la herencia del primer causante, salvo que hubiese dos delaciones sucesivas (como ocurre con el derecho de representación o la sustitución vulgar; pero no en el derecho de transmisión).

Y es que (como ya explicamos en nuestros anteriores trabajos) lo que implica el ejercicio del *ius delationis* por el transmisario, es la existencia de DOS RETROACCIONES; pues si hay dos fallecimientos, hay DOS TRANSMISIONES, y si hay dos transmisiones, hay dos retroacciones (según dijimos antes).

Por todo ello, la *pregunta* del profesor ALBALADEJO de: ¿a quién sucede el adquirente (transmisario)? y la posterior *afirmación* de que «si a él se sucedió (el primer causante), él es el causante o persona a quien se hereda a cuya muerte «manda el artículo 989 del Código Civil español que se retrotraigan los efectos de la aceptación»; dicha pregunta y afirmación, digo, llevan encerrado un malentendido, en el sentido de que las premisas son erróneas y eso acarrea unas consecuencias también erróneas.

En efecto, si el transmisario no puede acceder (para aceptar-repudiar) a la herencia del primer causante si no es aceptando previamente la del segundo causante o transmitente, eso demuestra claramente que existen dos retroacciones y no una sola que suponga la adquisición recta-vía de la primera herencia.

Por tanto, cuando, para acceder a la primera herencia, el transmisario acepte previamente la herencia del transmitente, se produce una *primera retroacción* hasta la fecha de su muerte, en la que adquiere esa herencia.

Pero esa primera aceptación y retroacción, no hace que se adquiera la herencia del primer causante. Para acceder a esta primera herencia tiene que haber una *segunda aceptación* (al ejercitar positivamente el *ius delationis* contenido en la segunda herencia) y, por tanto, se produce una *segunda retroacción* hasta la fecha del fallecimiento del primer causante, con el fin de que haya continuidad en las relaciones jurídicas, indispensable en todo fenómeno sucesorio. De lo que

se sigue, que nunca ni jamás el transmitente hereda recta-vía al primer causante (por mucho que se quiera ver en él su sucesor o heredero).

En suma, la adquisición previa de la herencia del transmitente implica necesariamente una adquisición derivativa de la herencia del primer causante por el transmisario, que jamás hereda recta-vía a aquel.

No se puede suceder a nadie por derecho de transmisión; pues se trataría de una sucesión que hace heredero a quien no tenía vocación; y el *ius transmissionis* no tiene virtualidad bastante para cambiar las vocaciones, designaciones ni titularidades sucesorias.

Y es que, no se discute aquí si existen dos sucesiones o dos herencias (la del primer causante y la del transmitente) ni tampoco se discute que entre los bienes que integran la herencia del transmitente esté el *ius delationis*; situaciones obvias y comúnmente admitidas por todos, sigan una u otra teoría.

Lo que aquí no solo se discute sino que se niega, como un error de técnica jurídica sucesoria es que el transmitente suceda en recta-vía al primer causante.

Nótese, además de todo lo expuesto, que a diferencia del derecho de representación o de sustitución vulgar, en la transmisión del *ius delationis* no hay nueva vocación o delación sucesiva al adquirente de los bienes hereditarios. Hay una única vocación y una sola delación a favor del transmitente; si bien, la fuerza expansiva de esa inicial delación hereditaria no se extingue ni se acaba hasta que alguien recoge el derecho que portaba aquella y lo ejercite. Y es nuestro ordenamiento jurídico, a través del artículo 1006, como remedio de equidad y para evitar situaciones prolongadas de incertidumbre o pendencia respecto de la propiedad de los bienes (como la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos) el que permite al transmisario recoger el *ius delationis*; que lo ejercite y lo extinga, aunque haya fallecido el transmitente llamado.

Lo cual no significa conceder a una simple trasmisión instrumental en el *ius delationis* la de operar como verdadero título sucesorio, que justifique una nueva vocación y una nueva adquisición recta-vía de los bienes hereditarios. Pues no es lo mismo premorir al causante (supuesto de derecho de representación y sustitución vulgar) que sobrevivirle sin aceptar ni repudiar su herencia (derecho de transmisión). O, dicho de otra manera, es imposible y está vedado por nuestro ordenamiento jurídico dar el mismo tratamiento al caso de *premorienca* que al caso de *sobrevivencia* del heredero llamado por testamento o por ley.

VIII. LA CAPACIDAD DEL TRANSMISARIO

Finalmente, resulta chocante y contradictorio afirmar, como hace nuestro Tribunal Supremo (y no sé si nuestra Dirección General) siguiendo la opinión de los autores más modernos que se suceda recta-vía al primer causante y, posteriormente, afirmar que la capacidad del transmisario se debe de referir a

la fecha de fallecimiento del transmitente para adquirir la herencia del primer causante. Con lo cual podría ocurrir que, vía *ius transmissionis* se pueda suceder recta-vía a un primer causante, con mas de medio siglo desde su fallecimiento, vulnerando así otro principio sucesorio.

Pues, para esta teoría moderna, el transmisario no necesita existir en el momento de la muerte del primer causante sino que basta con que tenga existencia en el momento de la muerte del transmitente.

En resumen, que basta con que los transmisarios sean herederos de este último y reúnan los requisitos para sucederle a él y no al primer causante.

Por nuestra parte, (tanto en el primer trabajo en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, octubre-diciembre de 1996 como en las notas de urgencia en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio de 2014) ya dejamos sentado que, no obstante no suceder el transmisario recta-vía al primer causante, sin embargo (y en contra de los que opinan lo contrario, de que se sucede recta-vía y en línea con la opinión de ALBALADEJO, aunque nos apartamos de ella en varios extremos), el transmisario ha de tener capacidad de suceder tanto al transmitente como al primer cauante, excepto la capacidad absoluta que no le afecta.

Por eso, tan solo reseñar brevemente que eso es así porque la manifestación de voluntad que emite el transmisario al aceptar la herencia del transmitente y ejercitar el *ius delationis* contenido en su interior hace que pueda adquirir todo el contenido económico de la herencia del primer causante, lo que presupone tener capacidad sucesoria para esa adquisición.

Ahora bien, ¿qué clase de CAPACIDAD ha de tener el transmisario? Teniendo en cuenta que el transmisario es heredero del segundo causante o transmitente y no del primer causante, tenemos que:

A) *No le afectan las absolutas* (supuestos de inexistencia) *del artículo 745 del Código Civil*, bastando que los transmisarios existan y sobrevivan al fallecimiento del transmitente, aunque no existan al fallecimiento del primer causante. Son, pues, transmisarios capaces (por razón de su existencia) *respecto del primer causante: los herederos del transmitente que, al fallecimiento de este, existan ya y vivan, o estén concebidos aunque no hayan nacido (nasciturus); no lo serán, los no concebidos aún.*

Aparte lo dicho al principio, el hecho de que los transmisarios no sean herederos del primer causante y de que el propio artículo 1006 del Código Civil diga que «pasa a los suyos», o sea, a los herederos del *transmitente*, confirma lo expuesto anteriormente, respecto al requisito de la existencia.

B) Sin embargo *los INDIGNOS y los incursos en causa de INCAPACIDAD RELATIVA para suceder respecto al primer causante, NO* tendrán capacidad para ser transmisarios, aun cuando con su aceptación no adquieran la condición de heredero respecto del primer causante (aunque sí su patrimonio).

Tales causas de incapacidad afectan a los transmisarios por las siguientes RAZONES:

- a) *El artículo 1006 no autoriza* a pensar lo contrario.
- b) En tanto que las *incapacidades relativas* tienen un matiz de prohibiciones especiales establecidas «*ex lege*» para todo caso y circunstancia en defensa de la libertad de testar; y las causas de *indignidad sucesorias* tienen un carácter de *pena o sanción civil*, por existir una especie de incompatibilidad moral del sucesor; todo ello, decimos, impone que *razones morales y de equidad* justifiquen la incapacidad, en estos casos, para ser transmisarios.
- c) La misma capacidad (excepto la de existencia) que se exige por la ley al transmitente se le ha de exigir *al transmisario*, toda vez que este *recibe por el derecho de transmisión el mismo derecho (su contenido): el ius delationis*, adquiriendo a través suyo todo el contenido patrimonial de la herencia de su causante, concluyendo su proceso adquisitivo.
- d) De manera que, si respecto del transmitente, el artículo 766 del Código Civil dice que: «*el heredero ...incapaz de heredar... no transmite ningún derecho a sus herederos...*» (y agregamos, porque nada adquiere) la misma razón cabe invocar para justificar la necesidad de tal exigencia en la persona del transmisario: recibiendo el transmisario la herencia del primer causante a través de la herencia de su transmitente, respecto del que sí es heredero, la aceptación que de aquella haga el transmisario, mediante el ejercicio que del *ius delationis* verifica, le *aprovecha y beneficia* y, para eso, debe ser capaz de adquirir lo recibido.

IX. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 22 DE ENERO DE 2018

En nuestra opinión, la resolución de la DGRN de 22 de enero de 2018 ha hecho una acertada interpretación correctora, (aunque su técnica jurídica pueda ser depurada) tanto de la resolución de 26 de marzo de 2014 (que se adaptó a los dictados de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013) como de las posteriores que la han seguido —con diferentes variantes— hasta esta fecha (11 de junio y 6 de octubre de 2014; 2 de mayo y 9 de junio de 2015; y 4 de febrero de 2016) (pues la de 26 de julio de 2017 introduce importantes matices en la anterior doctrina).

— En efecto la *SENTENCIA del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013*, dejó sentada la siguiente doctrina (repetámosla) «... *debe concluirse, como fijación de la Doctrina jurisprudencial aplicable a la cuestión debatida, que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil (por la muerte del heredero sin aceptar ni repudiar la herencia,*

pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía) no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el ius delationis, sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que ex lege ostentan los herederos transmisarios; todo ello, dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el ius delationis integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». La consecuencia que se sigue de esta doctrina jurisprudencial es que en las operaciones divisorias de la herencia que motivan este recurso (la del primer causante) no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí tan solo la de los transmisarios».

— Y esta última afirmación desorientó profundamente a muchos juristas e, incluso (inicialmente), a nuestro Centro Directivo; pues, como ahora veremos, tal consecuencia respecto al cónyuge viudo es errónea...tomada en su literalidad y sacada de su contexto concreto, que motivó el supuesto sometido al recurso ante el Tribunal Supremo.

En efecto, la *RESOLUCIÓN de 26 de marzo de 2014*, revisando su tradicional postura, a la vista de los pronunciamientos de la anterior sentencia del Tribunal Supremo, sentó la siguiente doctrina (según resulta literalmente de la interpretación «auténtica» que hace de la misma la propia Dirección General en la resolución de 9 de junio de 2015 —véase fundamento de derecho 3.º, último párrafo y 4.º, párrafo primero—):

«...La consecuencia que se obtiene de esta doctrina jurisprudencial y del Centro Directivo es que en las operaciones divisorias de la herencia de la primera causante, no es necesaria la intervención del cónyuge del transmitente y sí, tan solo de los transmisarios, por lo que este extremo debe ser confirmado...».

En realidad, lo que se desprende de la resolución de la Dirección General de 26 de marzo de 2014, en consonancia con lo dicho fue que (según resume Francisco Javier GONZÁLEZ LÓPEZ):

— El *cónyuge viudo del transmitente* únicamente tendrá derecho a intervenir en la partición de la herencia del primer causante, si ha sido llamado por testamento o abintestato, como *heredero* sucesor a título universal a la herencia del transmitente, pues el artículo 1006 del Código Civil solo atribuye la condición de transmisarios a los herederos de dicho transmitente; en cambio, no tendrá derecho a intervenir en la partición de la herencia del primer causante, si ha sido llamado a la herencia del transmitente, como legatario del mismo,

por ejemplo como usufructuario universal, o en virtud de otro legado de parte alícuota o de cosa determinada, o cuando se le atribuya en la sucesión legal intestada su cuota legal usufructuaria.

— Y lo mismo debe predicarse respecto de los hijos y descendientes del transmitente; que no serán considerados transmisarios del mismo si únicamente se establece a su favor, en la herencia de dicho transmitente, legados (aunque sean de parte alícuota) o lo de que por legítima le corresponda. Y, en cambio, podrán ser transmisarios los parientes no legitimarios o, incluso, los extraños, siempre que sean nombrados herederos del transmitente...

Ahora bien, que los transmisarios deben ser herederos del transmitente (o segundo causante) es cosa natural y evidente, que ya lo dice el artículo 1006 expresamente, cuando ordena que «pasará a *los suyos* (es decir, sus herederos) el mismo derecho que él tenía»; pero que los legitimarios (entre ellos, el cónyuge viudo) que no sean herederos del transmitente, no es necesario que intervengan en la partición de la herencia del primer causante, es otra cosa bien distinta y ¡ERRÓNEA DOCTRINA! (como parece percatarse la resolución última que comentamos de 2018).

Y es que, a partir de *la resolución de 26 de julio de 2017*, la Dirección General ha hecho una INTERPRETACIÓN CORRECTORA tanto de lo dicho por ella misma con anterioridad, como por lo manifestado por el Tribunal Supremo en la tal aludida sentencia de 2013.

Bien es cierto que, en esta resolución de 2017, lo hizo *indirectamente*, por vía de entender *aceptada tácitamente* la herencia del transmitente, si se estaba ante un «acto de señor» (según Las Partidas) o de uso y disfrute durante 20 años, después del fallecimiento de dicho transmitente.

PERO, ya deja afirmado (como ya dijera esta Dirección General en su *resolución de 22 de octubre 1999*) que, «2. *En los supuestos en que el transmisario acepte la herencia del segundo causante, entre los bienes, derechos y acciones que la integran se encuentra el «ius delationis» respecto de la herencia del primero, por lo que, al igual que hubiera podido hacer el transmitente, podría el transmisario aceptar o repudiar esta última. Mas, aceptada la herencia, la legítima del cónyuge viudo— a la que existe un llamamiento directo «ex lege», no se trata de un simple derecho de crédito frente a la herencia del segundo causante y frente al transmisario mismo, sino que constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario, que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia hasta que con consentimiento del cónyuge legitimario o intervención judicial se concrete sobre los bienes determinados o sea objeto de la correspondiente conmutación— (cfr. arts. 806 y 839, párrafo segundo, del Código Civil. Por ello, la anotación preventiva en garantía de los derechos legitimarios del viudo que se introdujo en la Ley Hipotecaria de 1909 fue suprimida en la vigente ley de 1946). Entre esos bienes han de ser incluidos los que el transmisario haya adquirido como heredero del transmitente*

en la herencia del primer causante, por lo que ha de reconocerse al cónyuge viudo de dicho transmitente el derecho a intervenir en la partición extrajudicial que de la misma realicen los herederos»; doctrina que se reiteró después (en un supuesto sujeto a la legislación civil catalana) por la tradicional resolución de 23 de junio de 1986; de manera que: el *ius transmissionis* debe ser incluido como valor computable en la herencia del transmitente, para fijar el importe correspondiente a sus herederos forzosos; y ello aunque el transmisario, al ejercitar el *ius delationis*, opte por repudiar la herencia del primer causante. Después volveremos sobre esto.

— Y así llegamos a la resolución de 22 de enero de 2018.

Esta resolución comienza siguiendo la doctrina tan reiterada de la sentencia del Tribunal supremo de 11 de septiembre de 2013 (citando, al efecto, las resoluciones de 22 de enero de 1998, 26 de marzo, 11 de junio y 6 de octubre de 2014, 2 de marzo y 9 de junio de 2015, 4 de febrero de 2016 y 26 de julio de 2017 —llama la atención que no cite la resolución de 22 de octubre de 1999 ni la de 23 de junio de 1986, las más importantes en esta materia—) señalando que:

«Los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del cuasante al transmitente y de este a los transmisarios» (sic).

Pero no deja claro si esta opinión del Tribunal Supremo la hace suya la Dirección General o la acepta como de irremediable acatamiento del fallo de nuestro mas Alto Tribunal.

Sea como fuere, lo cierto y verdad es que, a reglón seguido afirma:

«Pero es indiscutible que la determinación de quienes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinando por la sucesión del transmitente y no por la sucesión del primer causante...».

E intenta reconducir esta cuestión, dejando a un lado la polémica jurídica de quién sucede a quién, para:

«Profundizar en que los transmisarios son llamados a la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción que lo son; para lo cual es inevitable considerar en qué términos les ha llamado el transmitente, por vía de testamento, o de ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos».

Y aclarando, a continuación, que la legítima: (art. 806 del Código Civil):

«Es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» —se identifica como una auténtica «pars bonorum» que confiere al legitimario un derecho como cotitular— por mandato legal —del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser

otorgado con el consentimiento de dicho legitimario con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho».

Y continua: «Sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la Sentencia de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «ius delationis» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debemos señalar en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisor, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados.

Es decir, la decisión de adquirir dicha condición hereditaria y por ello del ingreso definitivo en la comunidad hereditaria corresponde solo al titular del «ius delationis». Ahora bien, debe resolverse acerca del destino de la masa patrimonial del primer causante con relación al caudal del llamado transmitente, puesto que, como antes hemos visto, el efecto transmisivo solo se refiere al «ius delationis», es decir comprende el efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia, pero sin que ello suponga un pronunciamiento sobre el destino de los bienes: está claro que se acepta o repudia la herencia del causante directamente por parte del transmisor, pero eludir la inclusión de los bienes procedentes de la herencia del causante en la propia del transmitente resultaría de todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión».

(En realidad, no vemos nada claro que se acepte o repudie «directamente» la herencia del primer causante por el transmisor).

En resumen: «Cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos que antes hemos señalado, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos, y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas».

(Aunque una cosa es ser «interesado» en la herencia y otra ser «cotitular» de la comunidad hereditaria, como después veremos).

Se recoge así un informe, esquemático pero impecable, de la nota de calificación de la registradora de la propiedad objeto de recurso.

Pues afirma (rotundamente y con razón) que:

«Sin embargo, esta solución de excluir a los legitimarios de los bienes del primer causante no puede admitirse» (aunque se siga la tesis del Tribunal

Supremo de la adquisición directa o recta-vía por parte del transmisario de la herencia al primer causante) y es que: *«el legítimo debe tener derecho, en todo caso a participar de los bienes que se encuentran incluidos en la herencia del primer causante... en cuanto que en el cómputo de su legítima, debe incluirse el valor de los bienes pertenecientes al primer causante a la hora de fijar su importe»*.

Por tanto (se continúa en el informe), hay que entender *«que los legítimos aunque no estén llamados como sucesores universales, conservan su vocación legal forzosa (son «herederos forzosos» en los términos del artículo 807 del Código Civil: Además, «...debe entenderse que el llamamiento que hace el transmitente en su herencia a favor de los herederos que designe, es con la carga o limitación de respetar la legítima, pues se trata de una limitación legal. De todo ello resulta que los transmisarios, aunque sucedan directamente al primer causante, lo hacen con las cargas y limitaciones que resulta de su nombramiento por el transmitente, es decir, con las limitaciones impuestas por la existencia de la legítima. Es decir, los transmisarios lo son en cuanto han sido nombrados herederos por el transmitente, pero este nombramiento se hace con la limitación legal de respetar el régimen de legítimas impuesto por la ley a favor de, como ocurre en este caso, otros hijos o descendientes a los que se leque la legítima estricta»*.

Y todo lo anterior expuesto, **POR UNA SIMPLE Y ELEMENTAL RAZÓN:** porque ¡¡¡caso contrario se producirían unos efectos indeseables y rechazados por nuestro ordenamiento jurídico!!! Esto es, la razón fundamental es que, como dice la resolución que comentamos del año 2018 (tímidamente), **OTRA SOLUCIÓN PARECE QUE PODRÍA CHOCAR CON VARIOS FUNDAMENTOS DEL SISTEMA SUCESORIO INSTAURADO POR EL CÓDIGO CIVIL.**

Y, por supuesto que choca; choca y contradice los principios sucesorios (como veremos ampliamente a continuación, cuando comentemos la posición del cónyuge viudo del transmitente).

Ahora, tan solo llamar la atención en una cuestión que, por sí sola, solucionaría el problema de la necesaria intervención o no de los legítimos del transmitente en la partición del primer causante.

Lo que parece ser la opinión común de todos los autores (incluso de aquellos que, como ALBALADEJO, VALLET o CÁMARA, siguen la teoría de la adquisición directa) es que para el cálculo de la legítima se debe computar el valor del *ius delationis* en la herencia del transmitente.

En efecto, prescindiendo de si la legítima es o no un derecho positivo del legítimo que provenga de un llamamiento legal o forzoso (en contraposición a la delación testada o intestada), lo cierto y verdad es que otorga al legítimo al que se la haya dejado «por cualquier título» (es decir, como heredero, legatario o donatario —artículo 815 del Código Civil—), una atribución consistente en una *pars bonorum*, que se defiere por el solo hecho de la muerte del causante, y que se debe satisfacer (salvo excepciones) con bienes hereditarios.

Por tanto, y teniendo en cuenta que el *ius delationis*, o mejor, el contenido económico del mismo (no su titularidad) puede ser transmitido, parece claro que dicho contenido forma parte de la herencia del transmitente y, como tal, computable en la misma.

Respecto a si ha de computarse o solo imputarse su valor económico, esto es, si solo se imputa el valor económico de los bienes que integran el *ius delationis* o son los mismos bienes los que deben ser objeto de computación en la herencia del transmitente, carece de verdadera importancia a los efectos de determinar la necesaria intervención en la partición de tales legitimarios, «por cualquier título» que lo sean.

En todo caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de junio del año 1986, partiendo del contenido patrimonial y económico del *ius delationis* (que, según el art. 1006 del Código Civil, permite su ejercicio por quien no es su titular) ya ordenaba la computación del valor del *ius delationis* a efectos del cálculo de la legítima; con independencia de que los transmisarios acepten o repudien la herencia del primer causante. Entendiéndose, en este último caso, que los legitimarios no herederos podrán utilizar, al menos, la facultad reconocida en el artículo 1001 del Código Civil (como luego veremos).

Y, como dijimos, es el propio autor de la teoría de la adquisición recta-vía del primer causante, quien así lo afirma, cuando escribe: «A tenor de los artículos 556 del Código italiano de 1942 y 818 del español, a los bienes propios del transmitente —deducido el pasivo y sumadas las donaciones colacionables— hay que añadir el valor del “*ius delationis*”, que será el del contenido que componga la herencia del primer causante (con las deducciones antedichas) tal como se halle al morir el transmitente. Los legitimarios del transmitente tienen derecho al cómputo del “*ius delationis*” para calcular sus legítimas». «A efectos de estas creemos que el “*ius delationis*” es substancia hereditaria lo mismo que, por ejemplo, un derecho de propiedad. Y lo mismo que objeto de este es la cosa, de aquel lo es el contenido de la herencia deferida» (*La sucesión «iure transmissionis»*, cit., 965 y 966).

Concretamente y respecto al *cónyuge viudo del transmitente* y de su necesaria intervención o no en la partición de la herencia del primer causante, que tanta polémica ha suscitado en estos últimos años (por una mala redacción o entendimiento tanto de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 como de la resolución de la DGRN de 26 de marzo del año 2014), parece claro que su intervención en dichas operaciones particionales, ¡prestando su consentimiento!, es imprescindible (por lo que, a mi juicio, quedan abiertas verdaderas acciones de impugnación de aquellas particiones autorizadas e inscritas sin esta inexcusable y forzosa presencia...).

Ya ha quedado razonado por la propia Dirección General en la resolución de 2018 que comentamos, que el *cónyuge viudo*, como beneficiario *ex lege* de una legítima o auténtica *pars bonorum*, que le confiere un derecho como cotitular de

una masa patrimonial hereditaria, que tiene que ser satisfecho en o con bienes de la herencia, debe intervenir, *prestando su consentimiento*, en cualquier acto particional de la masa hereditaria del primer causante; aunque se le comute su usufructo *ex* artículo 839 del Código Civil (recuérdese las normas sobre intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima en general). Y no solo por ello, sino porque, como dijo con precisión la resolución de 22 de octubre de 1999, su porción legitimaria constituye un verdadero usufructo sobre una cuota del patrimonio hereditario *que afecta genéricamente a todos los bienes de la herencia*. Y ese necesario consentimiento, pensamos, con cualquiera de las siguientes finalidades:

- para *discernir y separar* los bienes que pertenecen a una u otra herencia (primer causante y transmitente).
- para *computar el valor* de los bienes de ambas herencias, a la hora de fijar la base económica patrimonial sobre la que pesa su legítima.
- para *percibirla* sobre bienes hereditarios.
- para *conmutarsela*, percibiéndola en dinero u otros bienes.
- para *demorar y aplazar* el pago de sus derechos legitimarios respecto de la herencia del primer causante o del transmitente (especialmente en aquellos casos en que, aceptando esta última, se pretende únicamente adjudicar los bienes de la primera herencia).
- o bien, *confesar recibidos* tales derechos.
- o bien, *renunciando* total o parcialmente a ellos.
- o bien, *pactando* que se computen todos sus derechos en la herencia de su esposa y transmitente, y que se paguen solo con bienes de esa herencia;
- o, incluso, para que el cónyuge viudo reconozca y/o acepte esa pretendida sucesión recta-vía *que le excluye* de la herencia de sus suegros; etc, etc, etc.

AHORA BIEN, cuando la DGRN, en la resolución de 2018 que comentamos, habla de que la legítima, en el Código Civil, es una porción de bienes o «pars bonorum» que confiere al legitimario un derecho como «*cotitular-por mandato legal-del activo líquido hereditario*», por lo que «su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— en el que se le haya reconocido su derecho»; en virtud de esta afirmación, decimos, la pregunta es la siguiente: ¿qué clase de COTITULARIDAD se tiene sobre el activo líquido partible?; es decir, ¿forman todos los legitimarios parte de la comunidad hereditaria? o ¿se trata de una comunidad de partícipes distinta? ¿Qué clase de comunidad o cotitularidad forman «*todos los interesados en la sucesión*», que requiera su inexcusable consentimiento en la partición?

Nosotros, ya adelantamos nuestra opinión: mientras el *cónyuge viudo* es siempre cotitular de la comunidad hereditaria (salvo, quizás, en el supuesto de

que el testador le haga la conmutación de su usufructo en algún bien concreto y determinado; y aún así, es más que dudoso que no forme parte de la comunidad hereditaria, como veremos); sin embargo, los *legitimarios* no siempre son cotitulares de dicha comunidad hereditaria; sino según y cómo se les llame. Pero, aún así, creemos deben prestar su consentimiento a las operaciones de partición.

En efecto, (como muy bien escribe Rafael COLINA GAREA en *Manual de Derecho Civil — Sucesiones —* coordinado por Rodrigo BERCOVITZ, Ed. Bercal, S.A. 2012; y *Algunas reflexiones básicas en torno a la comunidad hereditaria*; año 2002) son partícipes de la comunidad hereditaria todas las personas que suceden al causante en una «parte alícuota» de la herencia, quedando excluidos quienes perciben bienes o derechos concretos y particulares de la misma. Por lo tanto, lo que determina la participación en la comunidad hereditaria no es la cualidad de heredero o sucesor universal del sujeto en cuestión, *sino el haber sido llamado a una porción abstracta de la herencia* que se proyecta sobre la misma, entendida en su conjunto como una unidad, con independencia del título en virtud del cual se efectúa el llamamiento.

«En concreto, por lo que se refiere a los “*herederos forzosos*”, conviene recordar que legitimario no es necesariamente sinónimo de heredero y que la atribución patrimonial que representa la legítima puede ser satisfecha mediante títulos distintos, tales como el legado o la donación. Por eso, *la participación del legitimario en la comunidad hereditaria no se encuentra en función del título en virtud del cual se le otorga la legítima, sino de que esta se pague mediante el llamamiento a una cuota proporcional de la herencia*. Especialmente, el cónyuge viudo cuya legítima es una cuota de usufructo que recae *sobre todo el patrimonio del transmitente*».

O, como dice ALBALADEJO (*Curso de Derecho Civil. V, Derecho de Sucesiones*. Novena Edición. Año 2008), comunidad hereditaria: «*es la que se da entre los sucesores, sean o no herederos, cuyo derecho, el de cada uno, a parte de los bienes hereditarios, no está concretado sobre unos determinados*».

O sea, de titulares de una masa hereditaria que normalmente le pertenece por cuotas «*¡De esencia solo es que no les corresponda bienes o derechos determinados!*».

Y propone este ejemplo: «*Cabe que B, C y D sucedan a A, respectivamente, en una finca rústica, en un piso y en un paquete de acciones, que son los bienes que este tiene, o que simplemente le sucedan por terceras partes*»...; en cuyo caso, pasan a ser titulares de la masa hereditaria; o sea, cotitulares de la comunidad hereditaria.

Pues bien, respecto del *cónyuge viudo* su cualidad de partícipe en la comunidad hereditaria es innegable:

— porque en la sucesión intestada su derecho legitimario siempre consiste en un cuota de usufructo, y en la sucesión testamentaria puede ser heredero, legatario de parte alícuota o usufructuario de cuota o de la totalidad del pa-

trimonio hereditario. Y, aunque también se le podría satisfacer su cuota legal usufructuaria, previa su *conmutación* por el testador o a iniciativa de los herederos, conforme al artículo 396 del Código Civil, esto se debe hacer con el consentimiento del cónyuge viudo para evitar perjuicios a su derecho.

Ahora bien, además, como muy bien aclara VALLET (*Revista de Derecho Privado* 1960 y *Derecho Civil Español, común y foral*, Tomo VI, volumen II, 590 a 603; CASTÁN comentado en este punto por VALLET) el Tribunal Supremo que para negar la responsabilidad del viudo legitimario por las deudas hereditarias, ha razonado que no es heredero (así sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, que cita las de 4 de julio de 1906; 25 de enero de 1911; 11 de enero de 1950; 24 de enero de 1963; 28 de octubre de 1970; 28 de septiembre de 1982); en cambio, no ha vacilado en calificarlo de heredero, para llegar a otras consecuencias sin duda justas, pero que no necesitaban de ese presupuesto para ser alcanzadas. Y lo califica (según la mayoría de los autores más autorizados), como *legitimario no heredero* (salvo que se le llame como tal).

Y detalla la posición del cónyuge viudo como legitimario con relación al caudal hereditario. A saber:

«1. Puede *promover la partición* de la herencia (sentencia de 28 de marzo de 1924), justificándose por su natural interés en que sean satisfechos sus derechos.

2. Es preciso su *concurso* para verificar la partición de la herencia afectante a su derecho en tanto no le sea satisfecho (sentencias de 20 de marzo de 1924, 26 de marzo de 1940 y resolución de 2 de junio de 1930), como es lógico, dado el inicial uso y disfrute que tiene difuminado en todos y cada uno de los bienes de la herencia.

3. Puede *reivindicar* y para la universalidad hereditaria de la que es partícipe (sentencia de 10 de noviembre de 1929) y en general, ejercitar las acciones que correspondían al causante mientras la herencia esté indivisa, siempre que lo haga para la comunidad hereditaria (sentencia de 30 de junio de 1950) y pedir la nulidad de enajenaciones simuladas (sentencia de 23 de octubre de 1965) o de una partición de otra herencia anterior en la que el causante suyo estaba interesado y de unas ventas de bienes en ella adjudicados, actuando en beneficio de la masa hereditaria, pero no puede ejercerlas exclusivamente en nombre y beneficio propio (sentencia de 25 de junio de 1965), facultades estas que son consecuentes con su preferencia para tener la administración de la herencia indivisa conforme a los artículos 796 del Código Civil y 1.069, número 3, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que son correlativas a las que tiene todo usufructuario de una cuota de una finca para reivindicarla para la comunidad (arts. 486 y 490).

4. No puede ejercer la función de *contador-partidor* de la herencia de su cónyuge premuerto (sentencias de 8 de febrero de 1892 y 13 de junio de 1898 y resolución de 12 de noviembre de 1895), estando justificada esa incompatibilidad

por el interés que tiene, en posible contraposición con los demás herederos, en la concreción y determinación de su cuota.

5. Debe participar en el pago de los *gastos comunes* (sentencia de 11 de enero de 1950), como contrapartida natural a su participación en los beneficios de la herencia.

6. Puede suceder a su cónyuge en la condición de *arrendatario* del local de negocio (sentencias de 14 de mayo de 1958, 14 de febrero de 1959, 30 de enero de 1960), estando comprendido a este efecto en el artículo 60, a1.º, de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el cual tampoco puede entenderse que la palabra heredero se use en sentido rigurosamente técnico.

7. Los herederos pueden ejercitar contra el cónyuge viudo, a quien en la comunidad hereditaria solo le corresponda su cuota legal usufructuaria, el retracto de coherederos previsto en el artículo 1.067 pues —como ha observado LACRUZ BERDEJO (1)— desde el momento que los coherederos pueden desinteresarse de la herencia, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (art. 839), parece que igual derecho deben tener para evitar, por medio de retracto, que ingrese en la comunidad hereditaria de una manera distinta y más intensa, que significaría un cambio cualitativo fundamental en su posición como partícipe de esta.

8. Si hallándose herencia y sociedad de gananciales aún sin liquidar y formando una sola comunidad, se vendiese a un extraño una cuota hereditaria y los demás herederos no la retrayeren, podrá retraerla el cónyuge viudo en su condición de *comunero* (sentencia de 11 de junio de 1951, *contrario sensu*, al amparo del art. 1522).

Bien se entiende que esta posición jurídica del cónyuge viudo le legitima para comparecer inexcusablemente en la partición de la herencia del primer causante y deferida a su esposo y transmitente.

Por eso, no se comparte, en esta cuestión, la opinión de R. COLINA (trabajo citado, nota 30) cuando dice que el cónyuge viudo, si bien está legitimado para intervenir en la partición judicial de la herencia cuando su título revista la forma de heredero o legatario de parte alcuota; sin embargo, el hecho de que el actual artículo 782.1 de la LEC/2000 (a diferencia del artículo 1038 de la LEC/1881) guarde silencio respecto a su legitimación en orden a instar la división judicial de la herencia, hace que esté legitimado cuando se le llame como heredero y legatario de parte alcuota, pero no si es llamado a cosa determinada (cosa solo posible si se le conmuta su usufructo, claro está; no en otro caso).

Incluso, este autor opina que si es llamado solamente a una cuota en usufructo, su misión consistirá en «vigilar y fiscalizar la correcta determinación de los bienes sobre los cuales se va a proyectar su derecho de usufructo» y para ese control e inspección, cree suficiente con ser convocado a la Junta para designar contador y perito o el derecho de ser citado a la formación del inventario judicial.

Lógicamente, no podemos compartir esta opinión. Ya antes acabamos de perfilar la posición jurídica del cónyuge viudo, en tanto legitimario, con multitud de atribuciones y derechos en la partición de la herencia o a consecuencia de la misma; eso, unido a la magnitud de su usufructo, que afecta genéricamente a una masa hereditaria sin determinar; o (en el supuesto de conmutación) la posibilidad de que el llamamiento a cosa determinada ocasione que sus derechos se puedan pagar con bienes improductivos, baldíos o mal valorados y, en fin, el hecho de que si bien no responde de las deudas, estas le afectan (pues la base sobre la que recae el usufructo o su derecho concreto puede verse reducido, según cuántas y cómo se contabilicen dichas deudas), todo eso, digo, convence de lo contrario: su inexcusable intervención en la partición, *prestando su consentimiento*; aparte lo que apuntamos a continuación.

Y, dejando esta cuestión resulta, debemos ACLARAR ahora que, si bien solo el que es llamado a una parte alícuota (sea o no heredero y sea o no legitimario) debe formar parte de la comunidad hereditaria (caso del cónyuge viudo), el que los *legitimarios, aún llamados a uno o varios bienes concretos y determinados*, deban intervenir en la partición de la herencia del primer causante, no es tanto porque formen o no parte de una comunidad hereditaria *stricto sensu*, sino porque son *personas interesadas y legitimadas en virtud de un llamamiento legal, y con la finalidad de asegurar sus derechos y evitar fraudes*. Pues es norma sucesoria que, «antes que heredar, hay que pagar». Y la legítima es una «carga», una limitación que pesa sobre el heredero; el cuál debe necesariamente satisfacerlas para poder adquirir el resto de los bienes hereditarios. Y, en virtud de que el legitimario es *titular* de un llamamiento forzoso «*ex lege*» y de la *intangibilidad* tanto cuantitativa como cualitativamente de la legítima, su satisfacción por parte del heredero transmisario, debe realizarse con el necesario consentimiento de quien es titular de la misma.

Por tanto, siempre que estemos en presencia de un legitimario debe recordarse (y no olvidar nunca, pues es un principio básico de derecho sucesorio) que el *legitimario* tiene un título o cualidad regulado por normas de *orden público* y *ius cogens* (véase sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1978). Es decir, el legitimario ostenta un título especial; un derecho subjetivo como tal legitimario que le faculta para ejercitar cualquier acción de reclamación y defensa de su derecho; desde cobrar su legítima antes que los legatarios (arts. 817, 820, 821 y 822 del Código Civil), solicitar la reducción o anulación de legados y donaciones inoficiosas, impugnar cualquier acto del causante o del heredero de fraude de su legítima... Hasta pedir su complemento.

En resumen, su carácter de sucesor (bien a título universal bien a título particular) de carácter *ex lege*, el interés del legitimario en la partición y, en fin, la *mera posibilidad* de la existencia de fraude o daño a su derecho, imponen su intervención en la partición (como ocurre, en general, en todos los casos de posible conflicto de intereses o intereses contrapuestos).

Por todo lo anterior, pensamos que la doctrina de nuestra *Dirección General* al respecto aún no está completamente perfilada.

En efecto, de la Resolución de 26 de marzo de 2014 (y con doctrina similar la de 9 de junio de 2015) se deduce que no tiene derecho a participar en la herencia del primer causante aquel legitimario que haya sido llamado a la herencia del transmitente como legatario del mismo, usufructuario universal, legado de parte alícuota o cosa determinada; mezclando tanto los llamamientos a la parte alícuota como los llamamientos a cosa cierta y determinada, de los que no son llamados como «herederos» transmisarios.

Por otro lado, la resolución de 22 de enero de 2018 incluye como «cotitulares» de la «comunidad hereditaria» y del activo líquido hereditario a repartir (que no es lo mismo) y, por tanto, les legitima para intervenir en la partición prestando su consentimiento al efecto, a todo heredero (legitimario o extraño) y legitimario no heredero, cualquiera que sea el título (herencia, legado o donación) con que se les satisfaga la legítima.

Y esta es una doctrina correcta, con los matices que se quiera proponer.

Nosotros, hemos preferido distinguir entre legitimarios: —cotitulares de la comunidad hereditaria (favorecidos con una parte alícuota de la herencia)— y los no cotitulares (favorecidos con cosa cierta y determinada); pero legitimados, en ambos casos, por las razones que se han apuntado anteriormente en cada caso, para intervenir en la partición de la herencia prestando su necesario, indispensable y cabal consentimiento.

En realidad, son *dos distintas participaciones*, con distinta intensidad y finalidad cada una; ¡pero, en ambos supuestos, necesaria e inexcusable!:

— en el caso del *cónyuge viudo*, por su cualidad de cotitular en la comunidad hereditaria (un comunero con características propias, puesto que, al igual que ocurre con los legatarios de parte alícuota, no responde de las deudas hereditarias, aunque le afectan); además de por ser un sucesor *ex lege* del cónyuge premuerto; titular de una legítima consistente en un derecho de usufructo sobre unos bienes indeterminados, esto es, un verdadero derecho real limitativo del dominio. Por lo que ostenta un interés lo bastante poderoso como para que se le deba tener en cuenta en todas las vicisitudes que pueda sufrir el proceso sucesorio.

— en el supuesto de los *legitimarios no herederos ni legatarios de parte alícuota*, sino titulares de bienes concretos y determinados, para asegurar sus derechos y evitar un fraude a los mismos, habida cuenta su llamamiento «*ex lege*» y la intangibilidad de su legítima. Y, si bien no responden de las deudas, estas les afectan o pueden afectarles.

EN RESUMEN, en ambos casos, la razón fundamental para que intervengan en la partición, es que las operaciones que la componen les afectan y pueden resultar perjudicados (especialmente, en todo lo relativo a la formación del inventario y en la realización del avalúo). Tienen interés directo en ellas, cualquiera que sea el título por el que deban percibir sus derechos; sean verdaderos

comuneros o simplemente partícipes de la comunidad hereditaria. Y, además, y sobre todo, porque son «herederos forzosos o sucesores *ex lege*» (art. 807 del Código Civil), titulares de un llamamiento legal, para percibir una «*pars bonorum*» en la herencia relicta (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 1989 y 26 de abril de 1997). Pero, a diferencia de los legatarios de cosa cierta y determinada que NO sean legitimarios (que no tendrán porqué intervenir en la partición de la herencia, sin perjuicio de su legitimación para asegurar civil e hipotecariamente sus derechos), *la cualidad de legitimario reviste a su titular de un llamamiento cualificado, con normas de «ius cogens u orden público», aplicables para procurar la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima a percibir, que les autoriza para esta participación en la división del caudal hereditario.*

Pero aún hay más; pues, como antes dejamos señalado, lo importante en este asunto, aparte de lo que se acaba de decir (e independientemente de quién herede a quién), es determinar si, para calcular el importe de las legítimas debidas en la herencia del transmitente, el importe de la primera herencia se debe computar junto con el de la segunda herencia.

Ya dijimos antes y veremos después cómo, al haberse patrimonializado el contenido del «*ius delationis*», la respuesta debe ser afirmativa. De lo que se sigue que, si se tienen que adicionar contablemente el importe de ambas herencias, es evidente que los legitimarios del transmitente deben concurrir a la partición hereditaria que determine el derecho de cada uno.

En resumen, tanto por unas razones (como son todas las que se acaban de exponer respecto al título o cualidad de legitimario interesado en la partición —y más tratándose del cónyuge viudo, titular de una cuota de usufructo sobre unos bienes indeterminados del caudal hereditario—), como por la otra, habida cuenta la necesidad de computar contablemente el importe de ambas herencias para fijar las legítimas, la intervención de todos los legitimarios en la partición de la herencia del primer causante, prestando su consentimiento, es inexcusable.

Y lo cierto es que estos dos criterios, (tanto de partícipes en la comunidad hereditaria como el cómputo conjunto de las masas hereditarias para fijar las legítimas debidas en la herencia del transmitente), los recoge la resolución de 2018. Por tanto, su doctrinas es acertada en las dos cuestiones fundamentales.

X. UNA POLÉMICA MÁS GENERAL

Se podría decir que en esta cuestión de si el cónyuge viudo del transmitente (2.º causante), y demás legitimarios no declarados herederos en la herencia del primer causante, deben intervenir o no en la división y adjudicación de su herencia, se encuentra INCLUIDA en una mayor problemática de carácter general; a

saber: ¿que diferencias y diversas consecuencias se derivan de seguir una u otra teoría: la de la adquisición recta-vía, o la tradicional de la doble transmisión?

Nosotros (en el trabajo compartido inicialmente citado del ADC, año 1996) ya dejamos apuntado que esas diferencias se pueden reducir a lo relativo a:

1.º. la CAPACIDAD requerida por el transmisario para ejercitar el «ius delationis», relativo a la herencia del primer causante (cuestión que ya quedó contestada anteriormente); de la que va íntimamente unida lo concerniente a la retroacción de efectos que provoca la aceptación de dicho transmisario, al ejercitar positiva y afirmativamente dicho «*ius delationis*», que se le transmite instrumentalmente, vía artículo 1006, (y que también hemos examinado brevemente en este artículo).

2.º. la posición jurídica del CÓNYUGE VIUDO del transmitente respecto a su cuota legal usufructuaria de los bienes que, en la primera herencia, fueron ofrecidos a su difunto cónyuge; y, por consiguiente, si se sigue la literalidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre del año 2013, la necesidad o no de su intervención en las operaciones particionales de dicha herencia (cosa indispensable para nosotros, en todo caso)

3.º. La necesidad o no de que el transmisario colacione las DONACIONES recibidas del primer causante, o solo lo donado por este al transmitente [como nos inclinamos a creer, siguiendo a ROCA (*Estudios de Derecho Privado*. 1948), LACRUZ (*Derecho de Sucesiones*, Parte general, 170), GITRAMA (*Comentarios... Edersa XVI*, l.º 288), GARCÍA GARCÍA («*La sucesión por derecho de transmisión*», Ed. Civitas 1996)] ...y de acuerdo con la teoría clásica de la doble transmisión. En contra, ALBALADEJO (obra citada, 956, nota 102), JORDANO FRAGA (en su monografía *La sucesión en el «ius delationis»*, Ed. Civitas, 331 y 332), VALDEOLMILLOS (obra citada 489) y PUIG BRUTAU. Por todos, ALBALADEJO escribe: «Nosotros creemos que el transmisario en cuanto sucede al transmitente —en su herencia y, dentro de ella, en el «*ius delationis*»— debe colacionar en la sucesión de este las donaciones de él recibidas, y, en cuanto sucede al primer causante —en la herencia de este primer causante— debe colacionar en la sucesión de este, las donaciones que de él recibiera».

4.º. El distinto tratamiento FISCAL, más gravoso conforme a nuestra opinión (aunque esto no es seguro, según explica nuestro querido y desaparecido compañero Joaquín ZEJALBO MARTÍN en su artículo «*Derecho de transmisión: comentarios a la resolución de 11 de junio de 2014*», publicado en página web: www.notariosyregistradores.com).

5.º. La distinta posición jurídica que tendrían los ACREEDORES del transmitente, que resultarían más perjudicados, si se sigue la teoría de la adquisición recta-vía, convirtiendo a la sucesión *iure transmissionis* en un singular, extraordinario y extraño privilegio operante en exclusivo beneficio de los sucesores universales del transmitente; no entendiéndose que el transmisario pueda adquirir

la herencia del primer causante sin sujeción a las mismas restricciones cargas y limitaciones a las que habría estado sometido si su causante y transmitente los hubiese efectivamente adquirido (*vid. cit.*, ZEJALBO).

Piénsese, además, en la posibilidad del FRAUDE anteriormente apuntado, en el supuesto de que el transmisario, tras aceptar la herencia de su transmitente, repudiase la herencia del primer causante; en donde solo les quedaría la posibilidad del artículo 1001 del Código Civil. Es decir, el transmisario podría jugar con la repudiación de la primera herencia, según le conviniese o no a sus intereses.

En efecto, en el supuesto de que hubiese un patrimonio muy cuantioso en la herencia del primer causante y otro muy reducido o inexistente en la del segundo causante o transmitente, este podría demorar la aceptación de dicha herencia hasta su fallecimiento, reduciendo o burlando, así, los legítimos derechos de acreedores (y legitimarios, si se admite la transmisión recta-vía); bien es cierto que la actual redacción del artículo 1005 del Código Civil permite que los acreedores del causante puedan requerir al llamado a ser heredero (este artículo al igual que el 1006, le llama «heredero») para que acepte o repudie la herencia a él deferida, entendiéndose que si no lo hace en el plazo de treinta días naturales desde el requerimiento que al efecto le haga un Notario, se entenderá *aceptada* la herencia pura y simplemente (según nueva y afortunada redacción dada a este precepto por la disposición final primera de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 15/2015, 2 de julio; puesto que antes de esta fecha la herencia se consideraba «repudiada»).

Por eso, escribe LACRUZ (*Derecho de Sucesiones* 1975, 75): «*Que el transmisario actúa siempre como sucesor universal del transmitente, y nunca y como verdadero y directo heredero del primer causante; heredero es el segundo causante (transmitente) y, por tanto, si el transmisario repudia a la herencia, podrán los acreedores de aquel aceptarla en virtud del artículo 1001 del Código Civil*».

6.º. El supuesto de *Contador Partidor* que, de seguirse la posición moderna y del Tribunal Supremo, solo podría intervenir en la herencia del primer causante si fuese el nombrado por este; pero no tendría facultades el albacea nombrado por el transmitente en su herencia.

7.º. Y, en materia de *reservas*, su desplazamiento o inexistencia dependiendo de a quien suceda el transmisario.

Pues bien, fuera de todo lo anterior, en el resto de las cuestiones que se pueden plantear con cierta relevancia práctica y doctrinal, es indiferente que se siga una u otra teoría: unas veces, porque por vía de consecuencia se llega a las mismas conclusiones; y otras veces, porque el problema nada tiene que ver con dilucidar a quién se hereda.

A) Ejemplo de lo primero (entre otros, pero quizás este sea el más importante) es el problema de si, respecto a LOS LEGITIMARIOS, el importe de la primera herencia debe adicionarse al de la segunda; cuestión que *hay que responder afirmativamente, cualquiera teoría que se siga*. En este sentido se pronuncia la Resolución de la DGRN de 23 de junio de 1986, siguiendo los dictados de la resolución de 22 de octubre de 1999, de manera rotunda (considerandos 4.º y sigs.), al estimar que el «*ius delationis*» es evaluable económicamente y, en consecuencia, computable a efectos contables para fijar el importe de las legítimas debidas, concluyendo su considerando 7º que, en general,: «los legitimarios podrían (como titulares de un crédito, su propio derecho legitimario) —que lo es frente a la herencia aceptada por el transmisario y frente al transmisario mismo—, ejercitar el derecho que a los acreedores, en general, confiere el artículo 1001 del Código Civil, cuando el llamado repudia una herencia en perjuicio de sus propios acreedores» (dicha resolución se refería a un supuesto relativo a la legislación catalana).

Y también en este mismo sentido, la reciente resolución de 22 de enero de 2018, según los términos que hemos expuesto más arriba.

Y es que, igualmente, la mayoría de los autores están de acuerdo con esto, incluido ALBALADEJO (obra citada, 917 y sigs., con texto ya reseñado literalmente con anterioridad).

Si bien, no faltan autores que, rechazando la teoría de que el transmitente es el verdadero heredero del primer causante, opinan lo contrario de lo expuesto. Tal es el caso de JORDANO FRAGA (obra citada, 338 y sigs.) y VALDEOLMILLOS (obra citada, 489), sobre la base de entender que el «*ius delationis*» no debe evaluarse económicamente, ni siquiera a efectos contables, al ser personalísimo y extrapatrimonial; de manera que las masas hereditarias deben mantenerse separadas, de suerte que los legitimarios del transmitente no tendrán derecho alguno a la herencia del primer causante, y viceversa.

B) Como cuestiones que poco o nada tienen que ver con dilucidar a quién se hereda, cabe citar: —la naturaleza, fundamento y plazo de prescripción del derecho concedido a *los acreedores* del transmitente por el artículo 1001 del Código Civil —el supuesto de que *sean varios* los transmisarios y la libertad de cada uno para aceptar o repudiar la herencia del primer causante y, en el primer caso, de hacerlo pura y simplemente o a beneficio de inventario; —la necesidad de que el transmisario sea un *verdadero heredero y no un simple legatario* (los legados están excluidos); —el problema de si el causante puede *excluir el derecho de transmisión*, siendo una manifestación tácita de ello el establecimiento de una sustitución vulgar, ¡sin determinación de casos!, para el supuesto de que el llamado a ser heredero fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia del primer causante; —si, en algún supuesto, el artículo 1006 del Código Civil podría ser aplicable a *los legados*; —en fin (para que esto no parezca una

letanía), la distinta operatividad y funcionamiento del derecho de transmisión en relación con *otras figuras jurídicas*, como la sustitución fideicomisaria, el derecho de acrecer o el derecho de representación; etc.

Bien se entiende que el examen y comentario pormenorizado de los distintos supuestos enunciados nos llevaría a una larguísima y casuística argumentación, más propia de un verdadero «tratado» sobre el derecho de transmisión que de un simple artículo sobre el particular (que es lo que aquí se pretende).

En resumen, es cierto que algunos comentaristas a la tan aludida sentencia del Tribunal Supremo de 2013 (y aun la propia Dirección General) aseguran que el Tribunal Supremo se refiere a un caso concreto de legitimación del contador-partidor para acometer las operaciones particionales de la primera herencia, que solo «*obiter dicta*» realiza esas afirmaciones de innecesidad del consentimiento del cónyuge viudo del transmitente y que, en fin, eso no contradice la vigencia de principios sucesorios cuya no aplicación sería sencillamente inaceptable para nuestro sistema sucesorio, de corte romanista.

Dejemos aquí el asunto de lo que ha dicho o querido decir el Tribunal Supremo en esa sentencia. Posición, por lo demás, acorde con otras resoluciones judiciales pronunciadas por tribunales de instancia o de Audiencias, sobre todo en materia *fiscal* (como hemos reseñado antes).

Y también dejamos orillados ciertos escritos críticos recientes a esta resolución de 2018, al considerar que nuestro Centro Directivo, por vía de una pirueta jurídica o interpretación correctora, introduce una doble delación imposible, para explicar estos supuestos de intervención y consentimiento del cónyuge viudo y legitimarios, volviendo así a la teoría de la doble transmisión. Ya hemos dado cumplida respuesta a que, *haya o no adquisición hereditaria recta-vía (que, a nuestro entender, no la hay) lo cierto y verdad es que el importe económico de la primera herencia se debe computar en la herencia del transmitente, por una simple y elemental razón: porque el «ius delationis» lo encuentra y lo recibe el transmisario englobado en la herencia del transmitente (como los demás bienes, derechos y acciones, deudas y obligaciones); y, así mismo, porque el carácter de «herederos forzosos» de los legitimarios, titulares de un llamamiento cualificado a un derecho inatacable y cotitulares de esa masa hereditaria y/o con interés cierto y directo, (les afecta y perjudica) hace necesaria su intervención, ¡prestando su consentimiento! a cualquiera operaciones de división y adjudicación hereditaria de la herencia del primer causante.*

Por todo ello, esta resolución de 22 de enero de 2018 debe ser bienvenida y servir de referencia a futuros problemas en esta materia. Claro que todo se puede perfeccionar. Es una resolución importante, y su doctrina (prescindiendo de mayores o menores tecnicismos) es segura.

XI. EJEMPLOS PRÁCTICOS QUE SE OPONEN Y CONTRADICEN A LA ADQUISICIÓN RECTA-VÍA

Finalmente, vamos a concluir este trabajo, dando un aldabonazo a las ciencias jurídicas, para llamar la atención respecto de que una teoría correcta y adecuada no puede conducirnos a consecuencias absurdas lógicamente y prohibidas jurídicamente.

En efecto, tanto en las sentencias del Tribunal Supremo como en las resoluciones de la Dirección General se han discutido y dilucidado problemas concretos y se han dado soluciones prácticas (a veces más acertadas que otras) a esos problemas.

Pero, se ha dejado a un lado cuestiones vitales (quizás porque entrar en un mar teórico tan proceloso, en poco o nada ayudaba a resolver el problema concreto de justicia planteado); dando por buenos errores graves de PRINCIPIOS SUCESORIOS:

- la intransmisibilidad de la vocación hereditaria;
- el desconocimiento o vulneración del principio de la *voluntas testatoris* (como ley fundamental) por la que se rige la sucesión testamentaria; o de los principios organizadores de la sucesión intestada, como son la proximidad de grado y el parentesco;
- la capacidad que debe reunir el transmisario que quiera heredar al primer causante; pues los partidarios de la sucesión recta-vía, sin embargo, solo exigen al transmisario (por regla general) la capacidad para heredar al transmitente.
- Por no entrar en otros casos de colisión con la reserva lineal y otras instituciones; fraude de acreedores, etc.

En realidad, la cuestión es la siguiente: si los ejemplos que a continuación se proponen son correctos y demuestran, vía consecuencia, lo imposible o absurdo de la transmisión recta-vía ¿como se puede seguir aún manteniendo esta postura sin impugnar antes estos principios sucesorios básicos, diciendo su causa y el porqué?

Veamos algunos ejemplos contundentes, pero fundamentales, que desmoronan y echan abajo toda la teoría de la adquisición recta vía:

A) Sucesión Testamentaria

El primer principio básico sucesorio en la sucesión testamentaria es el respeto a la voluntad del testador, como ley fundamental de la sucesión; y la intransmisibilidad de la vocación hereditaria (por más que se haya patrimonializado

el contenido del *ius delationis*, que permite que se ejercite por quien no es su titular). Y el ejemplo es este:

El matrimonio formado por Antonio (A) y Beatriz (B), formalizan ante notario sus respectivos testamentos, en los cuales, al no tener hijos, se nombran mutuamente herederos y se sustituyen vulgarmente por Carlos (C), cuñado de Antonio y hermano de Beatriz. Posteriormente, Antonio hace un nuevo testamento en el que sigue nombrando heredera a su esposa Beatriz pero, como ha tenido algunos altercados con su cuñado, le sustituye vulgarmente, en esta ocasión, por su amigo Diego (D). Es más, Antonio dice en su nuevo testamento que no quiere en absoluto que le herede Carlos y da sus motivos. Sin embargo, Beatriz mantiene su testamento inicial.

A continuación, fallece Antonio (primer causante), pero su esposa Beatriz, no acepta ni repudia su herencia, falleciendo más tarde en estas circunstancias (transmitente).

Como consecuencia de lo anterior, el heredero de Antonio, vía “ius delationis” (art. 1006 del Código Civil), sería Carlos (único transmisario), es decir, ¡¡¡¡ quien fue precisamente excluido por el propio testador!!!

Conclusión: al citado testador, nunca ni jamás, le podría heredar, recta-vía, su cuñado Carlos (al que incluso excluyó expresamente en su testamento) sino por y a través de su hermana y transmitente Beatriz, que fue quien le instituyó heredero sustituto en su testamento.

Lo dijimos antes claramente: la delación sucesoria (que concede el derecho actual y concreto de adquirir la herencia) se halla en íntima dependencia con la causa o razón que vincula al nombrado heredero con su causante; y esa causa, en el presente caso, sería inexistente; pues la voluntad del testador es totalmente contraria a esta sucesión del transmisario.

Este ejemplo es tan contundente y de tal magna entidad, que sería suficiente para desvirtuar una teoría; pues no se trata de añadir unos ejemplos u otros para demostrar lo erróneo de la misma; bastaría uno que fuese decisivo para echarla por tierra.

Pero, vamos a añadir alguno más.

B) Capacidad sucesoria

Por otra parte, para apreciar la capacidad del heredero, hay que estar al momento del fallecimiento del testador; esto unido al efecto retroactivo de la aceptación o repudiación de la herencia, hace ver claramente que no se puede heredar recta-vía al primer causante.

En efecto: A instituye heredero a B; B, ignora que, posteriormente, A ha fallecido y, por tanto, ni acepta ni repudia su herencia. Muere después B dejando herederos a C y D; C nacido antes de la muerte de A y D ni siquiera concebido en tal fecha.

Por tanto, es claro y evidente que solo C podrá heredar a A, pero no podrá heredarle D, según la teoría del Profesor ALBALADEJO y de nuestros recientes fallos jurisprudenciales; cosa que no sucedería de seguir la teoría clásicamente mantenida por nuestra DGRN, hasta el año 2014... y ahora quizás retomada por la resolución de 22 de enero de 2018.

C) Sucesión intestada

En estos supuestos observamos otra quiebra de los principios sucesorios que fundamenta todo el sistema de la sucesión intestada, cuales son el parentesco y la proximidad de grado, que quedarían desplazadas incomprensiblemente por el *ius transmissionis* (y repitamos que nunca se puede suceder, ni recta-vía ni de ninguna manera, vía derecho de transmisión, al no ser este título suficiente al efecto).

Propondremos tres ejemplos:

a) *Fallece A, sin padre ni hijos, de forma intestada y le sobrevive su cónyuge viudo B y dos sobrinos. Fallece después intestado B sin aceptar ni repudiar la herencia de A, y al cónyuge viudo le suceden intestados dos sobrinos suyos, que heredarán a A antes que sus propios sobrinos.*

b) *Un causante deja como únicos herederos llamados a la sucesión intestada a dos sobrinos, hijos de un hermano premuerto.*

Uno de ellos, fallece después del causante, sin aceptar ni repudiar su herencia, y sin hacer testamento, sucediéndole abintestato su madre (sin perjuicio de la legítima de la esposa sobreviviente).

Pues bien, según la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013 y resolución de DGRN de 26 de marzo de 2014, si la madre heredera abintestato a su hijo (sobrino del causante y transmitente) y acepta la herencia del primer causante, le sucede directamente y podrá otorgar la partición con el otro sobrino, sin intervención del cónyuge viudo del transmitente. Lo cual es tanto como admitir que existe una sucesión intestada directa entre el causante y la madre del sobrino transmitente, que carecen de parentesco alguno, a pesar de heredarle intestada.

En estos ejemplos ni el parentesco ni la proximidad de grado se tienen en cuenta como modo de suceder.

c) *Un último ejemplo:*

Fallece A y le sobrevive (como único heredero posible), su sobrino B. Este sobrino fallece con posterioridad sin aceptar ni repudiar la herencia de su tío, dejando un hijo C (sobrino-nieto de A). Pero este hijo C, que ignora el llamamiento legal a su favor, también fallece sin hacer testamento y sin aceptar ni repudiar las herencias anteriores, dejando una sola hija, Cristina (D).

Pues bien, esta hija, que no podría heredar intestada a A (pues rebasaría el cuarto grado colateral, máximo permitido por la Ley), sí que podría hacerlo, sin embargo, y aún recta-vía, en el mismo supuesto, por derecho de transmisión, lo cual sería ilegal: o, dicho de otro modo, si hereda por derecho de transmisión al primer causante, es claro y contundente que no puede hacerse directamente (recta-vía), porque rebasaría el cuarto grado, máximo permitido por la Ley en la sucesión intestada (que solo llega a los sobrino-nietos).

Y es que, es cierto que la transmisión de *ius delationis* se produce «*ad infinitum*» y sin límite de grado alguno. Pero esa cadena presupone que vaya heredando cada transmisario a su transmitente, pues, en otro caso, ¿cómo es posible que un tataranieto colateral pudiera heredar recta-vía al primer causante? ¿Cómo podría heredar, recta-vía, a su abuelo el tataranieto, que nació medio siglo después de la muerte de aquel? Esto es un absurdo antijurídico, ya que esto únicamente se puede conseguir a través de las sustituciones fideicomisarias. Fuera de ello sería imposible, solo producto de juegos malabares jurídicos.

XII. EL PROBLEMA DEL «*NOMEN IURIS*»

Teniendo en cuenta que la teoría clásica de la doble transmisión no plantea problema alguno en estos asuntos (ni tampoco en los casos de obligada comparecencia del cónyuge viudo y legitimarios no herederos en las operaciones de partición y adjudicación de la herencia del primer causante) la pregunta se hace inevitable:

¿Por qué cobra auge y predicamento la teoría de la adquisición recta-vía? Una teoría que vulnera y desconoce principios sucesorios tan importantes como los que se acaban de indicar y que, en aplicaciones concretas, produce tantos problemas doctrinales, no puede ser una buena y correcta teoría.

Es cierto que, al final de toda esta polvareda jurídica, queda en pie una pregunta, cuya respuesta ha mediatizado todas las construcciones doctrinales y más variadas consecuencias hasta nuestros días (si es que alguna vez se cierra la polémica); y esta pregunta es la siguiente:

Entonces ¿quién hereda a quién; quién es el heredero del primer causante?

Y aquí, la polémica se desata porque se quiere poner un «*nomen iuris*» a este fenómeno sucesorio del artículo 1006 del Código Civil. Y así, los seguidores de la *teoría tradicional* aseguran que el transmisario adquiere la herencia del primer causante no por ser su heredero, sino por heredar al transmitente (o segundo causante) y recoger en su herencia el *ius delationis* para su ejercicio. Esta es la posición que nosotros seguimos.

Por contra, los seguidores de la postura de la *adquisición recta-vía*, opinan que es el transmisario el heredero directo del primer causante porque recibe, vía artículo 1006 del Código Civil el derecho de «suceder» en el *ius delationis*, pues: «sucede» al transmitente en el *ius delationis* y es «sucesor» del primer

causante en la herencia de este. O sea, cambia el sujeto que puede adquirir la herencia una sola vez deferida.

Esta última teoría tiene todos los inconvenientes que hemos dejado escritos en este artículo. Tan solo recordar que el primer requisito para suceder recta-vía a una persona, es tener *vocación* hereditaria y capacidad para heredarle; y transmisario nunca ostenta la titularidad de la primera y rara vez tiene la segunda (cuando ni siquiera existe ni ha sido concebido). Es decir; por el Derecho de Transmisión se sucede al llamado a ser sucesor (el transmitente); no a otra persona (primer causante), aunque se adquiera su herencia. O sea, la adquisición de su herencia no le convierte en sucesor hereditario, propiamente dicho.

Pero la teoría clásica presenta estos dos problemas básicos al efecto: ¿acaso se puede adquirir el patrimonio de una persona sin ser su sucesor o heredero? (fuera del caso, naturalmente, de que toda la herencia esté distribuida en legados y algún supuesto más); y si el transmitente ha muerto sin que nadie sepa cual ha sido su voluntad, ¿cómo va a ser él el heredero del primer causante, ya que falleció sin aceptar ni repudiar su herencia?

Y, descartada la transmisión recta-vía por los graves problemas que plantea, se mire por donde se mire, solo caben dos rigurosas soluciones:

1.^a. O estimar que, en estos supuestos (cuando el transmisario, al ejercitar el *ius delationis* contenido en la herencia del transmitente, acepta la herencia del primer causante y adquiere sus bienes y derechos) se produce *una previa investidura «post mortem» del transmitente o segundo causante*; toda vez que a él se defirió la herencia, y la vocación no se extingue por su muerte, porque así lo autoriza y lo permite el artículo 1006 Código Civil, ordenando el paso «a los suyos» de su contenido patrimonial (pues, sin este artículo, se extinguiría la vocación, y nada se transmitiría; que sí se transmite).

Pues, a diferencia de los supuestos de premoriencia al causante, en donde entran en juego la sustitución vulgar o el derecho de representación, según los casos, y en donde se produce una delación sucesiva; en el supuesto del «derecho de transmisión», *no hay dos delaciones sucesivas ni, por tanto, tampoco puede haber dos titularidades sucesivas*. Por eso, el transmisario solo puede acceder a la herencia del primer causante si, a su vez, acepta la herencia del transmitente; a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del derecho de representación, en donde no se pierde este derecho por haber renunciado a la herencia de la persona a la que se representa (art. 928 Código Civil).

Pues, como muy bien aclaró la *sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1908* (y, con doctrina coincidente ya la resolución de la DGRN de 22 de diciembre de 1949), «*el que ejercita el Derecho de representación, ejercita un derecho propio*» (o sea, un derecho cuya titularidad ostenta el que lo ejercita), pero el que ejercita el derecho de transmisión, «*ejercita un derecho, “el ius delationis”, que ya fue adquirido por el fallecido y se halla situado en su patrimonio relicto*».

Así pues, el representante tiene una delación directa y originaria (de carácter sucesivo) y una titularidad originaria y directa. Mientras que en el «*ius transmissio-nis*», el delado (el transmitente y segundo causante) sobrevive al primer causante, aunque muere sin aceptar ni repudiar su herencia. Pero su delación originaria, única, directa y excluyente, por mor del artículo 1006, hace que la titularidad de esa delación siga residiendo en él, mientras que no se extinga por su ejercicio realizado por el transmisario; pero no hay ni puede haber dos titularidades sucesivas pues, de lo contrario, nos encontraríamos con dos vocaciones o delaciones sucesivas (cosa imposible, según se lleva expuesto). Y que se extinga la vocación con la muerte del transmitente, no es cierto: primero, porque el artículo 1006 permite que se ejercite ese derecho y no que entre en juego el derecho de acrecer, la sustitución vulgar ni la apertura de la sucesión intestada; y segundo, porque si se hubiere extinguido la vocación, nada de ella se transmitiría, ni siquiera su ejercicio, haciéndose tránsito a esas otras figuras sucesorias que acabamos de enumerar.

Y es que, este tipo de presunciones sucesorias, en nada tiene que sorprender al jurista; toda vez que esta materia está plagada de ellas: ya desde el derecho romano pasando por los glosadores y codificadores, hasta llegar al propio siglo XXI. En efecto, aparte los supuestos de retroactividad operados en estos casos y de los numerosos supuestos de continuación en la posesión cuando se adquieren los bienes hereditarios (arts. 450, 459, 466 y 1960 del Código Civil) y otros, debe repararse en los artículos que preceden al 1006; y, en particular, observar que la nueva redacción del artículo 1005 del Código Civil, (en este caso para proteger a los acreedores del heredero) presume aceptada la herencia yacente por la persona llamada a ella como sucesor por testamento o abintestato; mientras que antes de esta redacción, se presumía la herencia repudiada. Es decir, se trata de una presunción sucesoria en toda regla (como entienden la gran mayoría de los autores, al afirmar que la decisión judicial se limita a interpretar el silencio del llamado a heredar, como positivo: como presunta aceptación; según lo exige el artículo 988 del Código Civil dando un carácter enteramente libre y voluntario a la aceptación).

Por lo que nada debería de extrañar que el artículo siguiente 1006, estableciera otra presunción similar. Pues el silencio tiene, contractualmente, el valor de una aceptación cuando el que calla tiene obligación legal de contradecir (decir sí o decir no). Y, si el obligado a ello, por imperativo sucesorio, no lo hace, lo haría la ley por él.

Y no se puede responder a lo anterior afirmando que, en tal caso, estaríamos anclados en un pasado derecho romano hoy inexistente. Ya que, se podría contestar que nuestro sistema jurídico está preñado de principios romanistas desde tiempo inmemorial, y a ellos hay que atenerse si no se quiere que se desmorone todo el sistema sucesorio de nuestro ordenamiento jurídico y la propia seguridad jurídica.

Si estuviésemos en el sistema jurídico mongol, a lo mejor no se podría argumentar como lo hacemos; pero da la casualidad que nuestro Derecho es romanista; ni germánico ni chino ni...

Y si se tiene por indiscutible la intransmisibilidad de la cualidad de heredero y de las titularidades sucesorias, y de que nadie puede transmitir lo que no tiene, si no a condición de que se llegue a adquirir y tener, no cabe esa sucesión recta-vía. Así, todo lo anterior y demás que hemos explicado en este trabajo, se puede resumir en la siguiente frase: ¡no se puede suceder a nadie recta-vía por derecho de transmisión!, porque ni es título sucesorio alguno ni tiene virtualidad bastante para cambiar y altear las designaciones y titularidades sucesorias. Es sencillamente imposible.

2.º. Y, si puede resultar inaceptable para algunos nuestra posición de la investidura «*post mortem*», por entender que la aceptación o repudiación de la herencia son actos personalísimos y no se puede saber la voluntad de quien no aceptó ni repudió, es este caso, no queda otra solución que ver en este fenómeno sucesorio un supuesto *de ejercicio de derechos sucesorios por quien no es el titular de la vocación*; pero sin que la adquisición hereditaria provocada por ese ejercicio suponga adquirir también la cualidad de heredero.

Se trataría de una herencia (la del primer causante) en la cual la vocación, por el mero hecho de su muerte, la tiene el segundo causante o transmitente; pero, cuyo ejercicio se ha transmitido, *ex artículo 1006 del Código Civil*, al transmisario. En efecto, a la muerte de la persona delegada permanece el llamamiento o vocación ya adquirida por el transmitente mientras vivía; pero, como se ha patrimonializado el contenido de esa delación, se permite la transmisión del derecho de adquirir la herencia por el transmisario.

Y es que, la muerte del primer causante, cristalizó jurídicamente la vocación en el llamado testamentariamente o por la Ley (transmitente). Después, poco importa lo que ocurra con sus efectos, pues la fuerza expansiva del llamamiento inicial hace que el ordenamiento jurídico no la de por extinguida hasta que no se ejercita; hasta que alguien adquiere su contenido.

En efecto, como dijimos al principio, la delación hereditaria trae causa: bien en la omnímoda libertad del testador (salvas las legítimas), bien en razones de parentesco y proximidad, y en la transmisión recta-vía que se propone por nuestro Tribunal Supremo y numerosos autores, puede que no haya ni lo uno ni lo otro.

Además, tengamos ahora en cuenta otro dato: que los artículos 1001, 1002, 1004, 1005, 1006, 1007, 1010, 1012, 1014, 1015, 1016, 1018, 1019, 1022, 1023... llaman «heredero» a la persona «llamada» a serlo; al que tiene delación actual y presente (en realidad, ya lo llamaban así todos los antecedentes legislativos; particularmente, el art. 836 del Proyecto de Código Civil de 1851, y el Anteproyecto de 1882, en su art. 1018). E, igualmente, también lo llama así el artículo 209 del vigente Reglamento Notarial, para el acta de declaración de herederos en los supuestos de sucesión intestada.

O sea, a la persona delegada: designada/nombrada por el testador o llamada por la ley concretamente para heredar.

¿Qué puede significar esta denominación?

Como ya dejamos razonado (y en el mismo sentido D. IRURZUN GOICOA, artículo citado, 397), eso quiere decir que «el que ha de heredar» no puede ser otro que el llamado. Se trata de un heredero potencial, el proto-heredero, el embrión de heredero (por eso, no es incorrecta la denominación que le da el Código Civil, si se atiende a este aspecto). Y así escribe IRURZUN que «frente al heredero actual que ha consumado la sucesión, el (heredero) potencial solo tiene el derecho de opción que le permite decidir por sí solo, libre y voluntariamente, si quiere o no convertirse en heredero actual «Configurando ese derecho de opción como «verdadero derecho subjetivo, de los llamados potestativos o de formación jurídica»; que surge por pura creación legal de quien hizo el nombramiento y, por supuesto, independiente y ajeno a la voluntad del nombrado, que lo recibe y adquiere como un simple añadido o atributo de su nombramiento y con el mismo carácter personalísimo de este. Se le suele calificar de derecho adjetivo, accesorio e instrumental».

Pues bien, ese derecho potestativo lo tenía el transmitente porque es, desde el fallecimiento del primer causante, la persona delegada (por testamento o por ley); pero en el derecho de transmisión lo ostenta el transmisario por pura creación legal y de forma instrumental; ajena a toda vocación o delación hereditaria, y con la sola finalidad de que adquiriera la herencia una sola vez deferida.

En efecto; ¿supone adquirir una herencia convertirse en heredero de la misma? La respuesta es ¡NO!; o no siempre.

Así, de la misma manera que de forma *voluntaria* se puede vender la herencia entera a un tercero (porque se presume aceptada por el vendedor), sin que el adquirente ostente la cualidad de heredero, por mucho que sea un sucesor en la *universitas iuris hereditatis*; de la misma manera, aunque con carácter *imperativo y forzoso*, por así ordenarlo el artículo 1006 del Código Civil (a causa de motivos de equidad, que impiden la extinción del derecho por muerte del transmitente), se puede realizar una transmisión instrumental del *ius delationis* al transmisario que le legitime para ejercitar su contenido y así adquirir esa herencia del primer causante, sin que por ello se convierta en su heredero, por más que sea un «sucesor» universal en su patrimonio (en el sentido de que adquiere derivativamente todos sus derechos y obligaciones).

Es decir, solo de manera impropia, como «adquirente» del patrimonio de una persona, se puede llamar «sucesor» del primer causante al transmisario. Pero no un heredero, propiamente dicho, con vocación y delación hereditaria y adquisición recta vía. Esto es muy importante, por las consecuencias que acarrea.

Por tanto, el transmisario accede a la herencia del primer causante no por ser su heredero, sino por que la adquiere, ¡derivativamente!, vía artículo 1006 del Código Civil, tomando su derecho de la herencia del transmitente. Y necesitando de dos aceptaciones independientes para acceder a ella con dos diferentes retroacciones (porque se puede dar la una y no la otra). O, dicho de otro modo: el transmisario, al suceder en el *ius delationis*, no lleva consigo suceder como

heredero al primer causante; sino heredar al segundo causante o transmitente, a través de cuaya herencia (y sucediendo en el *ius delationis* —lo mismo que le sucede en otros derechos—) adquiere el patrimonio hereditario del primero. El propio artículo 20, párrafo penúltimo, de la Ley Hipotecaria (tracto sucesivo) ordena hacer constar en la inscripción las «transmisiones realizadas»; es decir, que se haga constar la segunda transmisión a favor del transmisario, pero también la previa transmisión, que solo puede ser (J. M. GARCÍA GARCÍA. *op. cit.*, 295 y 296) la que deriva del primer causante hacia la herencia del segundo causante.

O sea, estamos ante una «transmisión instrumental» o legitimadora para ejercitar, en nombre propio, un derecho sucesorio por quien no es titular de su vocación, que la ley permite que no se extinga por la muerte de su titular mientras no se ejercite, con la sola finalidad de adquirir su contenido.

¿Cuál sería el nombre técnico de este fenómeno jurídico? Como dijera GARCÍA GOYENA, al comentar este tortuoso artículo 1006 Código Civil, dejemos a los cavilosos desentrañar el problema. Pero, sea cualesquiera la solución mas correcta para su exacta configuración jurídica, hay una conclusión que nos parece indiscutible: la imposibilidad de considerar al transmisario como un heredero directo del primer causante; suponiendo, mas bien, un adquirente «*ex lege*», es decir, por pura creación legal y motivos de equidad, con el fin de dar continuidad a las relaciones jurídicas.

Por lo demás, no voy a insistir en las inquietantes palabras contenidas en el inicio de la nota preliminar de este artículo; pero la advertencia queda hecha y propuesta su solución.

NOTA: Una vez mandado a imprenta el presente trabajo, se publica la resolución de 25 de abril de 2018. Pues bien, tan solo reseñar que:

a) reitera las de 26 de marzo y 26 de julio de 2014, así como a las de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018; consolidando su criterio y doctrina de que: los transmisarios suceden al primer causante de manera directa, y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios (posición que impugnamos en el presente trabajo; especialmente al hablar de la doble retroacción);

b) insiste en que el cónyuge viudo del transmitente debe de concurrir, en todo caso, en la partición de la herencia del primer causante, ya que el «*ius delationis*» tiene un contenido patrimonial que se debe computar para calcular la base sobre la que recae la legítima de dicho viudo; conclusión correcta y acertada; concorde con nuestros principios y normas sucesorias.

c) Asegura (como ya lo había hecho anteriormente) que «...la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del *ius delationis* en su favor creado, solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero, dadas las especiales consecuencias que ello implica para el destinatario del nombramiento (adquisición a título universal, subrogación en las deudas del causante...)».

A lo que cabe responder, que esa afirmación es cierta a condición de que por «heredero» se entienda tanto al que lo es del primer causante como al que lo es respecto del segundo causante o transmitente. Pues el ejercicio del *ius delationis*, en el supuesto de derecho de transmisión, puede no corresponder al heredero testamentario ni intestado del primer causante (como hemos visto); y, sin embargo, puede corresponder a un total extraño por el mero hecho de ser heredero del transmitente; por muy «personalísimo, independiente, voluntario, único y responsable» que sea el acto de aceptar o repudiar la herencia.

El transmisario no puede ser heredero simultáneo y a la vez de dos herencias de diferentes causantes, nacidas de dos delaciones distintas, dirigidas a distintas personas.

d) y, finalmente, insinúa o sugiere, para evitar estas discusiones doctrinales de quién hereda a quién, la posibilidad o conveniencia de que, en la sucesión testamentaria, y por medio de una sustitución vulgar, pueda el testador excluir el derecho de transmisión para cuando el transmitente fallezca sin aceptar ni repudiar la herencia a él deferida.

Quizás algún autor entienda que esto pueda ser discutible, sobre la base de que, en la sustitución vulgar, según la mayoría de los comentaristas más autorizados, el llamamiento del sustituto queda sometido a la condición suspensiva negativa de que no llegue a heredar el instituido; porque no quiera (renuncie) o no pueda (premuera o sea indigno); pero no por otra razón; es decir, no para otros casos en el que el llamado sobrevive al causante con plena capacidad para heredar pero fallezca sin aceptar ni repudiar, como ocurre en el derecho de transmisión, en donde el transmitente, si puede aceptar (aunque no lo haga) y no renuncia (pues ya no habría derecho de transmisión).

Sin embargo, como comenta ALBALADEJO (siguiendo a WINDSCHEID; en *Comentario del Código Civil* —Ministerio de Justicia—; Tomo I, 1897, *in fine*) la norma del artículo 774 del Código Civil, es una norma interpretativa; y si faltase, «seguiría siendo admisible someter la institución de un heredero —el segundo— a la condición que otro instituido —el primero— no llegase a serlo»; opinión, esta, que parece la más razonable habida cuenta la naturaleza jurídica de la sustitución vulgar y la libérrima libertad del testador para disponer de sus bienes, en el modo que mejor le pareciera, creando una vocación subsidiaria (aplicable tanto a la delación a título universal como a la a título singular), aunque respetando los derechos legitimarios.

Lógicamente, esta sustitución vulgar que excluyese el derecho de transmisión, debería ser expresa, clara y terminante en este sentido; pues, una sustitución vulgar simplemente para el caso de no poder o no querer heredar el instituido, no sería suficiente (toda vez que estos supuestos harían referencia solamente a los casos de premoencia incapacidad-indignidad o renuncia del instituido).

Pero esto, ya sería objeto de otro trabajo distinto.

*(Trabajo recibido el 17-4-2018 y aceptado
para su publicación el 18-5-2018)*

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

Las repercusiones geográficas
de los principios hipotecarios tras
la Ley 13/2015, de 24 de junio (I):
la vertiente geográfica del principio
de rogación

*The geographical repercussions of
the mortgage principles after Law
13/2015, of June 24: geographical
aspect of the principle of praying*

por

PEDRO FANDOS PONS

Registrador de la propiedad y Doctor en Derecho Civil

RESUMEN: El propósito de este trabajo es intentar una interpretación evolutiva de la Ley 13/2015, tratando de la repercusión de esta sobre los principios hipotecarios de nuestro sistema registral. Comenzando por el principio de rogación, defendemos que este no sufre ninguna alteración, como principio de carácter formal, por el cual, la sola presentación del título en el Registro y la petición de inscripción pone en marcha el procedimiento registral, que se impulsará de oficio por el registrador, mediante la calificación del título presentado en todos los extremos relativos a las circunstancias que deban constar en la inscripción y redactará, en su caso, el asiento, no en la forma que determinen

los particulares al presentar el título y solicitar la inscripción, sino en la forma determinada por la Ley. En este sentido, se defiende que la incorporación de la georreferenciación a la inscripción y la expresión del estado de coordinación gráfica de la finca con el Catastro no requiere una solicitud expresa por parte del interesado en el título, sino que se entiende implícita en la solicitud de inscripción mediante la presentación del título, siendo un acto debido del registrador. Y ello, sin perjuicio de que este pueda practicar en algunos casos el asiento aunque no incorpore la georreferenciación aportada, cuando esta sea de incorporación potestativa para el registrador, por existir una discordancia entre la finca y la realidad física, cuya subsanación requiere una rogación expresa o tácita, por implicar el inicio de un expediente, con notificación a colindantes.

ABSTRACT: The aim of this paper is to try an evolutionary interpretation of Law 13/2015, dealing with the repercussion of the same on all the mortgage principles of our registry system, beginning with the principle of praying, which we defend that does not suffer any alteration, as a formal principle, which inspires the registration procedure, by which, the mere presentation of the title in the Registry and the registration request initiates the registration procedure, which will be promoted ex officio by the registrar, who will make a qualification of the title presented in all the extremes relating to the circumstances that should be included in the registration and will write, where appropriate, the entry, not in the form determined by individuals when presenting the title and request registration, but in the manner determined by the Law. In this sense, it is defended that the incorporation of the georeferencing to the inscription and the expression of the The graphic coordination of the farm with the Cadastre does not require an express request by the interested party in the title, but is implicit in the application for registration, which is done with the presentation of the title, being a due act of the registrar, notwithstanding that this may practice, in some cases, the seat even if this georeferencing is not incorporated, when it is optional for the registrar, because there is a disagreement between the property and physical reality, whose correction does require an express praying or tacit, to imply the beginning of a file, in which the corresponding application will be notified to the owners of boundaries.

PALABRAS CLAVE: Georreferenciación. Principio de rogación. Petición de inscripción. Presentación del título. Circunstancias de la inscripción. Interpretación. Ley 13/2015.

KEY WORDS: Georeferencing. Praying principle. Registration request. Presentation of the title. Circumstances of registration. Interpretation. Law 13/2015.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS: 1. CONCEPTO. 2. CLASIFICACIÓN.—III. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN: 1. CONCEPTO TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE ROGACIÓN. 2. LA VERTIENTE GRÁFICA DEL PRINCIPIO DE ROGACIÓN, TRAS LA LEY 13/2015: 2.1. *La posición del Colegio de Registradores*: 2.1.1. La posición del Servicio de Estudios Registrales. 2.1.2. La postura de la Comisión de Criterios de Calificación Registral Gráfica. 2.2. *La posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado*.—IV. ROGACIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN: UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA: 1. LA VOLUNTAD DEL TITULAR EN LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA: 1.1. *La voluntad en la vertiente literaria*. 1.2. *La voluntad en la vertiente gráfica de la descripción*: 1.2.1. La petición expresa de incorporación de la georreferenciación. 1.2.2. El carácter voluntario o necesario de la aportación de georreferenciación. 1.2.3. La voluntad excluyente a la incorporación de la georreferenciación al asiento. 2. UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DEL PÁRRAFO 2.º DE LA LETRA B) DE LA LH: 2.1. *El argumento hermenéutico*: 2.1.1. La voluntad del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015. 2.1.2. El precedente legislativo inmediato. 2.2. *El argumento literal*: 2.2.1. La interpretación del término «potestativamente». 2.2.2. La equiparación de los términos «incorporación» e «inscripción». 2.2.3. La redacción del resto de los párrafos de la letra b) del artículo 9. 2.3. *El argumento sistemático*: 2.3.1. La sistemática extrínseca del artículo 9 en la Ley Hipotecaria. 2.3.2. La sistemática intrínseca del artículo 9 b). 2.3.3. La georreferenciación como circunstancia de la inscripción. 2.4. *El argumento lógico*.—V. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Transcurridos más de dos años desde la entrada en vigor de la Ley 13/2015, la práctica y la ciencia jurídica van asimilando los cambios introducidos, no siempre bien ponderados, en la técnica registral diaria, revitalizando los principios hipotecarios, confirmando su plena vigencia y virtualidad hacia el futuro. Con la templanza derivada de la aplicación diaria de esta Ley, vamos a iniciar una serie de artículos donde trataremos de interpretar las repercusiones gráficas de los principios hipotecarios.

II. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS

1. CONCEPTO

Los principios configuradores del Registro de la Propiedad, o hipotecarios podemos definirlos como «las notas, caracteres o rasgos básicos que tiene o debe tener un determinado sistema registral»¹.

Pero, no son verdaderos principios generales del Derecho, sino auténticas leyes, pues encuentran su fiel reflejo en un precepto legal, siendo fuente legal del derecho y no principio general del derecho. Pero, no cabe duda de que estos principios informan el ordenamiento jurídico hipotecario y facilitan su interpretación e integración y acotan el marco de los textos legales y reglamentarios². Y se contienen en una norma concreta formulada, más o menos explícitamente, con cierto grado de generalidad y con excepciones, que facilita la sistematización del conjunto regulador del Registro de la Propiedad, con notables ventajas interpretativas, metodológicas y didácticas³.

2. CLASIFICACIÓN

Atendiendo al desarrollo esencial de los presupuestos esenciales de la publicidad, los podemos clasificar en⁴:

1. Principios derivados del consentimiento, como es el de rogación.
2. Principios derivados de la cognoscibilidad legal, que implica posibilidad de conocimiento e imposición a todos del contenido del Registro, como:
 - a) El principio de legalidad, con la calificación registral.
 - b) El de inscripción, tras la calificación positiva del registrador.
 - c) El de especialidad, pues cada derecho real ha de quedar perfectamente especificado en el asiento respectivo.
 - d) Y el de tracto sucesivo, pues todo derecho debe inscribirse apoyándose, en una cadena continuada, en un derecho o acto del titular registral que ha de estar inscrito, lo que también es aplicable a la descripción de la finca.
3. Principios derivados del conocimiento efectivo para quien tenga interés conocido o interés legítimo, como el de publicidad formal.
4. Principios consecuencia del valor jurídico sustantivo de la publicidad registral, derivados de:
 - a) La sustantividad de los pronunciamientos registrales: como los de inoponibilidad de lo no inscrito, prioridad de los derechos inscritos con anterioridad frente a los anteriores incompatibles que pretenden acceder al Registro en fecha posterior.
 - b) La protección del titular registral, en un doble ámbito:
 - El principio de fe pública registral, que protege al tercer adquirente a título oneroso de buena fe de la nulidad o falsedad del título traslativo por causas que no resultan del Registro.
 - El principio de legitimación registral, que presume la existencia y pertenencia de los derechos inscritos en la forma determinada en el asiento, del que derivan una serie de consecuencias sustantivas y procesales.

III. EL PRINCIPIO DE ROGACIÓN

De todos los principios hipotecarios, quizás sea este el que ha recibido una interpretación más apartada, a nuestro modesto entender, de su interpretación tradicional, que no parece sufrir alternación alguna, tras la entrada en vigor de la Ley 13/2015. Y ello puede deberse a la desafortunada redacción de los dos primeros párrafos del artículo 9 b) de la LH.

1. CONCEPTO TRADICIONAL DEL PRINCIPIO DE ROGACIÓN

El principio de rogación o instancia es aquel en virtud del cual las actuaciones registrales, tendentes a la publicidad registral, han de ser solicitadas por la parte interesada o por el funcionario legitimado para ello, sin que el Registrador pueda actuar de oficio⁵.

Su fundamento radica en la consideración del Registro de la Propiedad como institución pública al servicio e interés inmediato de los particulares o entes públicos. La inscripción es, en general, voluntaria o facultativa, pues la Ley no la impone con la coactividad de los Registros de finalidad fiscal⁶.

De esta definición resulta que la petición de inscripción es elemento fundamental del principio, definiéndose como la declaración de voluntad unilateral y recepticia, emanada de las personas legitimadas por ley, dirigida al registrador para practicar un asiento, manifestada por la presentación del título en el Registro, iniciando el procedimiento registral. De esta definición se desprenden unos caracteres de esa petición⁷:

a) Es una declaración de voluntad no negocial, un acto jurídico de solicitud al Registro de la Propiedad competente, que puede ser, según la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 19 de enero de 1988:

1. Expresa, con solicitud expresa del tipo de asiento a practicar.
2. Tácita, que es la norma general en nuestro sistema, sin necesidad de expresión concreta de los asientos a practicar, deduciéndose que estos son los susceptibles de verificarse en función de la documentación presentada.
3. Presunta, en ciertos supuestos de caducidad de los asientos.

b) Es un acto jurídico unilateral y recepticio.

1. Unilateral, porque cualquiera de las personas, determinada en el artículo 6 de la Ley Hipotecaria (LH), está legitimada para solicitar la inscripción. Excepcionalmente, determinadas personas están obligadas a solicitar la inscripción.

2. Recepcio, pues tal declaraci3n est1 dirigida al registrador al objeto de efectuar la inscripci3n.

c) La petici3n de inscripci3n requiere la presentaci3n del correspondiente t3tulo en el Registro. Son elementos distintos pero concatenados, pues no cabe petici3n de inscripci3n sin presentaci3n del t3tulo y viceversa, salvo los casos excepcionales en que el registrador pueda proceder de oficio. Presentado el t3tulo, se entiende solicitada la inscripci3n en la forma determinada por la Ley, pues su contenido est1 sustra3do a la voluntad de quien presenta el t3tulo y solicita la inscripci3n.

d) La petici3n de inscripci3n inicia el procedimiento registral, con un doble aspecto:

1. De car1cter procesal, pues la petici3n de inscripci3n es necesaria para iniciar el proceso registral. Pero, iniciado, este se impulsa de oficio por el registrador.
2. De car1cter sustantivo, pues los particulares son libres de utilizar o no la publicidad registral, pues la inscripci3n es voluntaria, seg1n el art3culo 6, cuando dispone: «*La inscripci3n en el Registro podr1 pedirse...*».

Es decir, el 1mbito de la rogaci3n se limita al impulso inicial del procedimiento, pero una vez iniciado, sus fases sucesivas se impulsan por el registrador, aunque algunas actuaciones quedan en manos del interesado, ya sean de signo negativo, para impedir la inscripci3n, como la retirada y el desistimiento, o de signo positivo, porque persiguen la inscripci3n, como la petici3n de anotaci3n preventiva por defecto subsanable, o la petici3n de nota de calificaci3n, prestaci3n de conformidad a la inscripci3n parcial y la interposici3n de recurso gubernativo.

Por tanto, el principio de rogaci3n excluye la actuaci3n de oficio del registrador, salvo en los casos determinados por la Ley. Pero, incluso en ellos, la rogaci3n debe entenderse impl3cita con la presentaci3n de determinados t3tulos. As3, la RDGRN de 27 de febrero de 2012 afirma «*que lo cierto, sin embargo, es que la Ley Hipotecaria no excluye por principio la actuaci3n de oficio del registrador; y no solo no la excluye, al contrario, la presupone e incluso exige, cuando le ordena tener en cuenta no solo el documento presentado sino los «asientos del Registro con 3l relacionados» para, si delatan alguna contradicci3n o vicio, denegar o suspender la inscripci3n solicitada*».

Iniciado el procedimiento registral y calificado positivamente el t3tulo presentado, el registrador redactar1 el asiento en la forma determinada por los art3culos 9 de la LH y 51 del Reglamento Hipotecario (RH), excluy3ndose del 1mbito del contenido del asiento el principio de rogaci3n.

A los efectos del presente artículo, nos interesa destacar una serie de conclusiones que resumen la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el alcance del principio de rogación. Así:

1. Según las RRDGRN de 6 de mayo y 3 de octubre de 2014, el principio de voluntariedad de la inscripción no significa que el interesado pueda elegir a su voluntad qué normas del procedimiento registral le son más favorables aplicando solo estas. Este principio consiste en la posibilidad de decidir si un título accede o no al Registro. Pero, tomada la decisión e iniciado el procedimiento registral con la presentación del título, no puede pretenderse, al amparo de dicha voluntariedad, obtener la protección registral aplicando arbitrariamente las normas que lo regulan, dando la espalda a los demás principios hipotecarios, cuya aplicación al caso concreto deberá ser apreciada por el registrador.

2. Según la de 27 de noviembre de 1986, los interesados no pueden sustraer determinados pactos a la calificación del registrador, excluyendo de la misma determinadas cláusulas.

3. Según las de 8 de mayo y 2 de junio de 2017, la sola presentación del título en el Registro implica la petición de extensión de todos los asientos que puedan practicarse, siendo competencia del registrador determinar cuáles sean estos, sin imponerse exigencias formales añadidas.

Dicho todo ello, nos cuestionamos cual es la incidencia del principio de rogación a una de las novedades introducidas por la Ley 13/2015, como es la incorporación al asiento de la georreferenciación de una finca registral, sea de origen catastral o alternativo. Es decir, si la incorporación de la georreferenciación de una finca es una cuestión sujeta al arbitrio del interesado, mediante petición expresa, o es uno de los trámites esenciales del procedimiento registral, que debe impulsar el registrador. Antes de expresar el sentido de nuestra interpretación, hemos de hacer referencia al posicionamiento del Colegio de Registradores y de la Dirección General de los Registros y del Notariado al respecto.

2. LA VERTIENTE GRÁFICA DEL PRINCIPIO DE ROGACIÓN, TRAS LA LEY 13/2015

La interpretación dada al principio de rogación, tras la redacción del artículo 9 de la LH, operada por la Ley 13/2015, ha fluctuado entre quienes defienden que se requiere petición expresa para incorporar al asiento la georreferenciación de la finca aportada por el interesado en el título y quiénes defienden que no existe más rogación que la petición de inscripción, manifestada por la presentación del título, que inicia el procedimiento registral, impulsado de oficio por el registrador, que ha de redactar el asiento, como determina la Ley. Veamos

las posiciones al respecto del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores y de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

1.1. La posición del Colegio de Registradores

En la posición del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España podemos observar una evolución, distinguiendo la posición del Servicio de Estudios Registrales y de la Comisión de Criterios de Calificación Registral Gráfica.

1.1.1. La posición del Servicio de Estudios Registrales

En noviembre de 2015, el director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores elaboró una exégesis de la Ley 13/2015⁸, que supuso un instrumento muy útil para realizar una aplicación armónica de esta, dadas las importantes novedades que introducía. Sin embargo, con relación al alcance de esta respecto al principio de rogación, adoptó una posición que, a nuestro juicio, restringía su aplicación, al hacerla depender de la voluntad expresa o tácita de las partes, en los supuestos de incorporación potestativa de la georreferenciación a la inscripción, entendiéndose que, si no lo solicitaban expresamente, el registrador debía abstenerse de calificar e incorporar, en su caso, la misma al asiento. Decía al respecto:

«6. Supuestos de inscripción obligatoria y voluntaria de la representación gráfica georreferenciada de la finca.

a) Supuestos de inscripción obligatoria

La Ley 13/2015 articula determinados supuestos de inscripción obligatoria en relación con la representación gráfica georreferenciada. Estos supuestos son los enunciados en el primer párrafo del artículo 9 b) de la Ley Hipotecaria, conforme al cual quedan incluidos en dicha categoría los siguientes casos: «b) Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos».

A tales supuestos se ha de añadir el previsto en el párrafo segundo del artículo 202 que en relación con la inscripción de las obras nuevas introduce un nuevo requisito consistente en que «La porción de suelo ocupada por cualquier

edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica». La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la DGRN incluye también en la obligación de inscripción en estos casos la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique la edificación, instalación o plantación correspondiente (vid. apartado octavo).

b) Supuestos de inscripción voluntaria

Junto a ellos hay otros supuestos en que la inscripción de la representación gráfica sigue la regla general de la voluntariedad de las inscripciones en el Registro de la Propiedad, sujetas por tanto a previa rogación. Así se desprende del párrafo segundo del artículo 9 b) de la Ley Hipotecaria: «Asimismo, dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica». Es decir, dicha inscripción será voluntaria, optativa o discrecional por parte del interesado, conforme a la regla general de la voluntariedad de la inscripción y al principio de rogación que rige la actuación del registrador (cfr. art. 6 de la Ley Hipotecaria).

Como se aprecia de la simple lectura del precepto, dicha inscripción voluntaria podrá solicitarse con ocasión de la petición de inscripción⁹ de cualquier otro título inscribible al que se acompañe la certificación catastral descriptiva y gráfica¹⁰ o la alternativa, en los supuestos legalmente previstos, o bien «como operación registral específica». Se sigue con ello el esquema que ya empleó por la Ley 24/2001 en relación con la anterior redacción del artículo 9 n.º1 de la Ley Hipotecaria, al preverse la posibilidad de inscribir (en el sistema anterior depositar o archivar) la representación gráfica como actuación concurrente y coetánea con la inscripción de cualquier título relativo al dominio o demás derechos reales sobre bienes inmuebles, o bien como actuación específica y autónoma (como sucede igualmente en relación con las obras nuevas ex art. 208 de la LH).

En cuanto al requisito de la solicitud derivado del principio de rogación registral del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, hay que recordar que conforme al artículo 454 del Reglamento Hipotecario y reiterada doctrina de la DGRN la mera presentación del título presupone por sí sola la solicitud de la práctica de todas las operaciones registrales de que sea susceptible el mismo (vid. por todas, la Resolución de 1 de julio de 2015). Ahora bien, el hecho de que en un documento inscribible concreto figure incorporada la certificación catastral descriptiva y gráfica, a mi juicio, no es elemento suficiente para derivar de ello automáticamente la consecuencia de que con la presentación de este el interesado está solicitando la inscripción de dicha representación gráfica re-

gstral. Y ello por dos razones. En primer lugar, hay que recordar que hoy es obligatoria la aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca a través de su previa incorporación al título inscribible, siendo además dicha certificación uno de los medios previstos legalmente para acreditar la referencia catastral, cuya acreditación es en todo caso obligatoria en los términos previstos en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario. Por tanto, de la aportación de dicha certificación catastral no se puede presumir ni colegir por sí sola una voluntad tácita de solicitud de inscripción de la representación gráfica, pues dicha aportación puede estar dirigida exclusivamente a cumplir la obligación de su incorporación al título y de acreditación de la referencia catastral impuesta en los artículos 3 y 38 de la Ley del Catastro.

En segundo lugar, como veremos en el siguiente apartado, el procedimiento registral que conduce a la inscripción de la representación gráfica no es el común del artículo 18 y concordantes de la Ley Hipotecaria, en que la actividad del registrador está centrada en la calificación de la documentación aportada, sino que en este caso el propio registrador tiene que desarrollar, como instructor, todo un expediente o procedimiento de naturaleza próxima a la jurisdicción voluntaria, que implica necesariamente mayores costes directos y también indirectos en términos de plazo para resolver. Por tanto, a mi juicio, la solicitud del presentante del título de inscripción no solo de la mutación jurídico-real derivada del acto o contrato documentado en el título inscribible presentando, sino de la concreta inscripción de la representación gráfica, tanto si se solicita como operación específica como si se solicita como operación concurrente con la inscripción de la mutación jurídico-real, no puede presumirse implícita en el acto de presentación del documento, salvo que en el mismo documento conste de forma auténtica la declaración expresa del interesado sobre correspondencia entre la descripción que contiene la certificación catastral aportada con la realidad física del inmueble, requisito que trasciende al aspecto procedimental de la rogación para integrar un requisito material para la inscripción¹¹, pero que, además, presupone la rogación especialmente en aquellos casos en que en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la representación geográfica que se incorpore al mismo.

En este sentido se ha pronunciado la reciente Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la DGRN, conforme a cuyo apartado segundo, letra a) «Para que el registrador inicie el procedimiento del artículo 199 deberá constar la petición en tal sentido del presentante o interesado. Se entenderá solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore»¹².

En todo caso, la valoración de esta cuestión corresponde al registrador en cada caso concreto en función de la redacción de la escritura y demás circunstancias concurrentes, pudiendo en caso de duda solicitar al interesado aclaración sobre el alcance concreto de su pretensión, conforme al principio de rogación registral¹³.

c) *¿Hay supuestos de inscripción voluntaria distintos de los sometidos al expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria?*

El párrafo segundo del artículo 9 b) de la Ley Hipotecaria concluye con la siguiente frase «En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199». ¿A qué dos casos se refieren? Parece evidente que alude a los dos supuestos inmediatamente antes referidos en el mismo párrafo, esto es, la incorporación o inscripción de la representación gráfica al inscribirse cualquier otro acto inscribible y la inscripción como operación registral específica (sería forzado desde el punto de vista gramatical pretender entender que se refiere a los supuestos de inscripción obligatoria y de inscripción voluntaria, entendiendo que el término «ambos» hace alusión no a los dos casos de inscripción potestativa sino a los dos tipos de inscripción, obligatoria y voluntaria).

Por tanto, en los casos de inscripción voluntaria de la representación gráfica se deberá cumplir como condición previa para su calificación favorable «los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria» «in totum». Lo cual nos lleva a preguntarnos si el expediente de inscripción de la base gráfica registral de que trata este último precepto tiene o no sustantividad propia en relación con los supuestos de «incorporación» o inscripción de la base gráfica con carácter potestativo de que trata el artículo 9 b) párrafo segundo de la Ley Hipotecaria reformada. Y dado el carácter genérico e incondicionado de la remisión de este a los requisitos de aquel debemos concluir que en ambos casos se alude a una misma realidad u operación registral, lo que obliga a un estudio conjunto de ambos preceptos.

Esta conclusión se ratifica al observar que el nuevo artículo 198 de la Ley Hipotecaria, con que se abre ahora el título VI de la Ley Hipotecaria relativo a la «concordancia entre el Registro y la realidad jurídica», al enumerar los procedimientos a través de los que podrá lograrse dicha concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral se incluye en primer lugar el de «La inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro», que es objeto de desarrollo en su regulación precisamente en el inmediato artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En este sentido resulta coherente el hecho de que se aluda en el ámbito del artículo 9 de la Ley a las «representaciones gráficas» como parte de las

circunstancias que han de contener y expresar las inscripciones en cuanto a la descripción de las fincas, de un lado, y por otro que se regule aparte, en su sede natural que es el título VI sobre procedimientos de concordancia, el expediente o procedimiento para la inscripción de tales representaciones, del mismo modo que entre las circunstancias descriptivas de la finca se incluyen en el mismo artículo 9 las relativas a la referencia catastral o a la existencia de edificaciones, pero la regulación para la inscripción de las mismas se contiene en otros preceptos de la legislación hipotecaria.

¿Podría considerarse como argumento en contra de lo dicho la posible distinción entre los supuestos de inscripción de la representación gráfica según que se parta de una situación previa de coincidencia entre la finca registral y su descripción gráfica catastral, que entraría en el ámbito del artículo 9 b), y los casos de discrepancia o falta de coincidencia, que serían subsumibles en el ámbito del artículo 199? En mi opinión la respuesta es negativa por los siguientes motivos:

1.º. En un caso y en otro la inscripción de la representación gráfica tiene una eficacia rectificatoria de la descripción literaria, incluso en el caso de que la diferencia de cabida entre la descripción literaria y la resultante de la representación gráfica esté dentro del umbral del diez por ciento de tolerancia admitido por la Ley (vid. art. 9 b, párrafo séptimo, y 199.1 LH).

2.º. El hecho de que el artículo 199 de la Ley Hipotecaria esté ubicado sistemáticamente en el título VI de la Ley relativo a la «concordancia entre el Registro y la realidad» no supone que el procedimiento previsto en dicho artículo esté limitado a los casos en que entre la descripción literaria registral y la certificación catastral existan discrepancias superiores al umbral a que se refiere el artículo 9 b), pues dichas discrepancias antes bien excluyen dicho procedimiento. En efecto, estos criterios sobre coincidencia o no, son aplicables al procedimiento del artículo 199 por expresa previsión de este: «La certificación gráfica aportada, junto con el acto o negocio cuya inscripción se solicite, o como operación específica, será objeto de calificación registral conforme a lo dispuesto en el artículo 9» (vid. art. 9.1, párrafo tercero).

3.º. Paralelamente, el artículo 9 b) se remite al artículo 199 a los efectos de aplicar a los supuestos de inscripción de representación gráfica los requisitos de este último precepto. Así el párrafo segundo de aquel precepto, tras establecer que «Asimismo [además de en los casos de inscripción obligatoria], dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica», añade que «En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199». Esta remisión es incondicionada e ilimitada, es decir, no se ciñe a los casos en que las diferencias entre la descripción literaria y la certificación catastral excedan del umbral de tolerancia, sino que se aplican en todo caso.

No hay excepción. Es más, en caso de que existan tales discrepancias superiores a dicho umbral el expediente del artículo 199 LH deberá concluir con una denegación de la inscripción de la representación gráfica.

4.º. Cosa distinta es hacer una interpretación restrictiva del artículo 199 de la Ley Hipotecaria que excluya la necesidad de notificación a colindantes en todos los casos en que la coincidencia entre la descripción literaria del Registro y la gráfica catastral sea plena y corroborada por la previa inscripción de un deslinde entre las fincas afectadas. O incluso en caso de que dicha coincidencia resulte de la previa inscripción de la representación gráfica de la finca colindante, sobre la base de interpretar en la expresión «colindantes afectados» el término «afectados» como equivalente a «perjudicados», y estimando el registrador bajo su responsabilidad que no existe ningún colindante «perjudicado» o «afectado» si la coincidencia entre la descripción literaria y la gráfica catastral es plena y absoluta, y su diferenciación de la colindante, a la vista del cotejo de la representación gráfica que se pretende inscribir y la inscrita respecto de la colindante, resulta inequívoca, a juicio del registrador.

Esta interpretación es plausible al asimilar al colindante afectado al colindante que ostenta un interés legítimo que pueda verse perjudicado por la inscripción de la representación gráfica, en el mismo sentido que la Resolución de la DGRN de 26 de febrero de 2013, en relación con los casos de doble inmatriculación previstos en el artículo 313.2.ª del Reglamento Hipotecario, interpreta la exigencia de la conformidad de todos los interesados considerando que debe entenderse extensiva a «todos aquellos que puedan resultar perjudicados por la cancelación o rectificación del folio convenido, sean titulares de derechos inscritos o anotados».

Lo que sucede es que la Ley 13/2015 no ha sido en este punto rigurosa en su sistemática y ha incluido en el mismo artículo 9 (que en principio debería tener un ámbito limitado a la expresión de las circunstancias de las inscripciones) parte de la regulación de los requisitos sustantivos para su acceso tabular (los restantes se integran por la remisión al artículo 199), generando así cierta confusión, a la que ha contribuido, por otra parte, la falta de concordancia interna en algún aspecto importante de este tema, como luego veremos.

No obstante, veremos al analizar las peculiaridades del procedimiento registral en este caso, que aquella disociación de los requisitos de inscripción en dos preceptos distintos en parte tiene una lógica procedimental, de forma que los requisitos previstos en el artículo 9 podrán ser objeto de calificación con carácter previo a la tramitación del expediente, en tanto que los del artículo 199 será objeto de calificación ulterior una vez completada aquella tramitación».

1.1.2. La postura de la Comisión de Criterios de Calificación Registral Gráfica

La Comisión de Criterios de Calificación Registral Gráfica, apoyándose en la postura del Servicio de Estudios Registrales, adopta una postura favorable a la extensión de los supuestos de rogación tácita, en los que ha de entenderse solicitada la incorporación de la georreferenciación. Así, en su respuesta a la consulta 5/2016, de 30 de mayo de 2016, se refiere al alcance del principio de rogación en los supuestos en los que la incorporación de la georreferenciación no es requisito necesario del asiento registral y declara al respecto:

«No se plantea ninguna duda en los supuestos en los que la inscripción de la georreferenciación es circunstancia necesaria de la inscripción, pues en este caso, el interesado no puede excluirla. La rogación se manifiesta aquí por la propia presentación del título incorporando esa representación gráfica que habrá que calificar junto con el restante contenido del título, para decidir si el asiento se puede practicar o no. Las dudas interpretativas vienen en aquellos supuestos en los que la constancia de la georreferenciación de la finca en el asiento es circunstancia potestativa de la inscripción. Es decir, que esta puede practicarse, aunque no conste la representación gráfica de la finca en el asiento. En este caso, se entiende que la inscripción de la georreferenciación está sujeta a la previa rogación, por lo que no cabe la incorporación de oficio de las coordenadas de las fincas o edificaciones, cuando en la escritura no se incorpora georreferenciación de ninguna clase, conforme al principio general de actuación rogada del Registrador del artículo 6 de la LH. Pues la Ley no ha querido que en estos supuestos se impida la inscripción y se paralice el tráfico jurídico de la finca. Además, esas coordenadas no han sido consentidas por el titular en el momento del otorgamiento del título. Si existiera consentimiento de este, el artículo 9 establece el procedimiento para poder inscribir la representación geográfica».

Esta posición es ratificada por la RDGRN de 3 de octubre de 2016, cuando, aun reconociendo la posibilidad de consulta directa a la Sede Electrónica de Catastro por el registrador, matiza: *«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».*

La Consulta 5/2016 citada concluye:

«1. La inscripción de la representación gráfica catastral calificada positivamente por el Registrador no requiere de petición expresa. Esta se entiende solicitada con la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica al título, y se produce alguna de las siguientes circunstancias:

- a) *Cuando se adapta la descripción a ella y la diferencia superficial es inferior al 10%.*
- b) *Cuando el interesado manifiesta que la certificación aportada coincide con la realidad física de la finca.*
- c) *Cuando manifiesta que no puede declarar si coincide o no con la realidad física de su finca y no excluye expresamente la inscripción de la georreferenciación.*
- d) *Cuando no manifiesta nada al respecto y no excluye expresamente la inscripción de la georreferenciación, se plantea la cuestión de si el Registrador puede entrar a calificar e inscribir, en su caso, la georreferenciación. Y ello porque, con la certificación catastral incorporada trata de acreditar la referencia catastral y también, conforme al artículo 3.1 del TRLCI «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 catastral y el titular catastral, con su número de identificación fiscal o, en su caso, número de identidad de extranjero». Circunstancias todas ellas que han de ser calificadas por el Registrador pues forman parte de la descripción de la finca, según el artículo 9 a). Y además conforme al artículo 9 b) párrafo tercero, a los efectos de la Ley Hipotecaria, la incorporación de certificación catastral descriptiva y gráfica tiene por objeto la inscripción de la georreferenciación de la finca, si el Registrador la declara correspondiente.*

2. *En caso de discrepancia, cuando no se cumplan los requisitos de calificación positiva de las operaciones de identificación geográfica coherente de la finca y correspondencia gráfica de ambos recintos, de modo que existan dudas de la identidad de la finca, de su perfecta distinción de las colindantes, sean privados o de dominio público y las diferencias superficiales sean superiores al 10% de la cabida inscrita, el Registrador denegará la inscripción de la georreferenciación y emitirá el informe motivado al Catastro. Para que se inscriba la georreferenciación se requiere petición expresa de inicio del expediente del artículo 199 de la LH, pues este implica una fase que es la notificación a colindantes que no se da en el primero, que por tanto ha de ser rogada por el interesado. Se entenderá solicitada si se rectifica la descripción para adaptarla a la de la certificación catastral. (RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015)».*

1.2. LA POSICIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

Su doctrina sigue una línea decidida respecto a la plena aplicación de la Ley. Sin embargo, en este punto no ha seguido una línea clara desde su entrada en vigor.

En unas resoluciones parece seguir una línea tendente a la necesidad de petición expresa para la incorporación de la representación gráfica. Así lo declara, por ejemplo, en la RDGRN de 6 de mayo y 3 de octubre de 2016, o en la de 22 de febrero de 2108, de las que se desprende que el reflejo registral de la referencia catastral de una finca en ningún caso puede equipararse a la coordinación gráfica a que se refiere el artículo 10, pues esta incorporación de la referencia catastral no supone inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción registral de la finca. Para ello, sería necesario que se solicite la inscripción de la representación gráfica y se tramite el procedimiento correspondiente.

No se refiere la resolución al supuesto en el que no deba rectificarse la descripción por coincidir la superficie registral y catastral, supuesto en el que existe una coordinación gráfica de hecho, que el registrador debiera poder incorporar, sin necesidad de petición expresa, al igual que en el supuesto de rectificación de la superficie de la finca, cuando la diferencia sea inferior al 10 % de la cabida inscrita, pues hay que recordar que el Registro de la Propiedad es tendencialmente exacto y el Registro no debe amparar inexactitudes, que se acreditan mediante documentos fehacientes, que no requieren el consentimiento de los interesados para su rectificación, según la RDGRN de 23 de febrero de 2018.

En la RDGRN de 18 de abril de 2018 declara que no procede suspender la inscripción de una representación gráfica catastral, porque la misma no se ha solicitado ni expresa ni tácitamente.

Sin embargo, en otras sí ha admitido su inscripción o incorporación con base en una solicitud presunta. Así, la de 2 de junio de 2017 declaró en su Fundamento de Derecho 3.º: *«En cuanto al fondo del asunto, se plantea si se cumple el principio de rogación para proceder a la rectificación de la descripción de la finca, incluida la modificación y ampliación de la edificación que consta inscrita. Debe recordarse que, conforme al artículo 425 del Reglamento Hipotecario, “presentado un título, se entenderá, salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro, aun cuando materialmente no se haya hecho constar íntegramente en el asiento, pero en la nota de despacho se hará referencia en todo caso, a esa circunstancia”.* Como ya ha indicado este Centro Directivo, en base a este precepto, 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». Por tanto, del hecho de la incorporación de una georreferenciación al título inscribible, aunque en el caso de la catastral, sea obligatoria, se deriva la obligación del registrador de calificarlas y tomar las decisiones correspondientes sobre ella.

Y en el Fundamento de Derecho 4.º declara: *«En el caso de este expediente el registrador expresa en la nota que no se solicita expresamente la modificación de la descripción. El planteamiento del registrador no puede acogerse favorablemente, ya que la mera presentación de la documentación en el Registro lleva implícita la solicitud de inscripción, y en dicha presentación y correlativa solicitud de inscripción se debe entender comprendido el conjunto de operaciones y asientos registrales de que el título calificado sea susceptible, “salvo que expresamente se limite o excluya parte del mismo” (cfr. art. 425 del Reglamento Hipotecario antes transcrito), exclusión expresa que en el presente caso no se ha producido. Además, en el caso que nos ocupa, ninguna duda existe acerca de la solicitud de inscripción de la rectificación. No solo se reseña en el título presentado la nueva descripción de la finca, sino que esta se apoya en la certificación catastral incorporada al mismo».*

Y si ese pronunciamiento es válido para la rectificación de la descripción de la finca, no parece que deba ser otra la interpretación a seguir para la inscripción de la representación gráfica de la finca, que completa, precisamente, esa descripción.

La RDGRN de 19 de julio de 2016 declaró en su Fundamento de Derecho 3.º: *«En el presente caso se pretende hacer constar en el Registro de la Propiedad (...) un exceso de cabida inferior al 10% de la superficie inscrita. Como se ha señalado anteriormente en estos casos, se pretenda o no inscribir la representación gráfica, no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción “a los titulares registrales de las fincas colindantes”. A pesar de ello, la registradora procedió a iniciar el procedimiento del artículo 199 de la Ley, con buen criterio, ya que, como manifiesta en su informe, existen dudas fundadas respecto a la verdadera superficie (...). Por ello, ante la insuficiencia de otros procedimientos para acceder a inscribir la rectificación de superficie pretendida, el registrador actúa correctamente acudiendo a dicho procedimiento que, como se ha visto, permite inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca que este caso se aporta. A tal efecto, y para respetar el principio de rogación, el interesado fue notificado del inicio de dicho procedimiento, según consta en el expediente, por lo que tuvo oportunidad de oponerse a su tramitación».*

De la resolución se deduce que el inicio del expediente del artículo 199 requiere rogación, que se entiende solicitado por la solicitud de inscripción del interesado de un exceso de cabida. La registradora tiene dudas respecto a la identificación de la finca sobre la que se pretende declarar el exceso de cabida con sus fincas colindantes, una de las cuales es de titularidad pública. Por ello

inicia un expediente del artículo 199 y lo notifica al interesado. Pero, de ello no se puede interpretar que en el caso que no existan esas dudas, la registradora no pueda practicar la incorporación de la georreferenciación aportada en el título presentado y solicitada la inscripción del exceso de cabida, pues es la calificación registral la que ha de controlar el cumplimiento de los requisitos del artículo 9 b). Si los cumple podrá incorporar la georreferenciación y si no los cumple se requerirá la tramitación de un expediente del título VI, mediante solicitud expresa, y en el caso del artículo 199 tácita.

Y ello, después de expresar los diversos procedimientos mediante los cuales se puede obtener la rectificación de la superficie que, como reitera la RDGRN de 7 de noviembre de 2017, son:

1.º. Los que solo modifican la superficie de la descripción literaria sin incorporar la representación gráfica de la finca [art. 201.3, letras a) y b) de la LH] limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita y no están dotados de ninguna tramitación previa.

2.º. Los que permiten inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca, tomando como base la certificación catastral descriptiva y gráfica [arts. 9 letra b) y 201.3 letra b de la LH]. Este concreto supuesto tampoco está dotado de tramitación previa.

3.º. Los que permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (superficie o linderos, incluso fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices (arts. 199 y 201.1 de la LH). Estos están dotados de unos trámites y garantías previas.

En todo caso se precisa que el registrador no tenga dudas fundadas sobre la realidad de la modificación ni dudas sobre la representación gráfica aportada. Así la RDGRN de 1 de junio de 2017 referida a la doctrina general sobre artículo 199 y a las dudas que puedan surgir al registrador, señaló: *«El artículo 199 regula el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, disponiendo que el titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica. Además, el apartado 2 prevé que cuando el titular manifieste expresamente que la descripción catastral no se corresponde con la realidad física de su finca, deberá aportar, además de la certificación catastral descriptiva y gráfica, una*

representación gráfica georreferenciada alternativa. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria “la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el Registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes”. Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, 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, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la Resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016. Como ha reiterado este Centro Directivo, “siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (Resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras)”».

La RDGRN de 15 de enero de 2018 señaló: «En el presente caso, resultan fundadas las dudas de la registradora, manifestadas con claridad en la nota de calificación, en cuanto a la posible existencia de negocios no documentados, según ha quedado expuesto anteriormente, y atendiendo a los datos físicos, comparados con las descripciones registrales de las fincas afectadas, a sus historiales y titularidades y a las representaciones gráficas disponibles en el Registro. Finalmente, debe recordarse que esta Dirección General ha señalado en resoluciones de 8 de junio y 3 de octubre de 2016 y 7 de junio de 2017 que estas dudas en la identidad de la finca pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios. En particular en el caso de este expediente la registradora incluso manifiesta en su

calificación la documentación que a su juicio debe aportarse para disipar tales dudas. Por todo ello es correcta la actuación de la registradora en este aspecto».

Para concluir, la RDGRN de 6 de febrero de 2018, aunque no se refiere a un supuesto de inscripción de la georreferenciación de una finca, reitera que *«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; pero esa misma doctrina exige para aplicar este criterio que en el propio título presentado quede diáfano y claro, sin margen de duda en su interpretación jurídica, cual sea la naturaleza, extensión y condiciones del derecho cuya inscripción —en sentido amplio de acceso al Registro— se solicite».*

IV. ROGACIÓN Y GEORREFERENCIACIÓN: UNA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA

La posición que defendemos en este artículo es que, a pesar de la importancia de la reforma operada por la Ley 13/2015, no se introduce novedad en lo que al principio de rogación se refiere, que sigue siendo un principio fundamental del sistema registral, de carácter formal, consistente en que el inicio del procedimiento registral solo puede hacerse a instancia de parte, rogada al registrador, solicitando la práctica de un asiento mediante la presentación del título inscribible, salvo que excepcionalmente pueda actuar de oficio.

1. LA VOLUNTAD DEL TITULAR EN LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA

La descripción de finca es una de las circunstancias que integran el asiento registral, como expresión de los datos y características necesarias para que pueda acceder al folio real y ser identificada, pues la descripción está al servicio de la identificación¹⁴. Es una necesidad del tráfico jurídico, por la confluencia de un triple interés¹⁵:

1. El interés del propietario, pues el concepto de finca incluye la necesaria atribución de titularidad a un propietario o a varios en comunidad, claramente identificados, que deben identificarla en la realidad física, describiéndola y realizando una serie de manifestaciones sobre ella, como veremos.

2. El interés de los colindantes, para que cada propietario pueda conocer la identidad del titular de la finca colindante, para poder conocer que su trazado sea lo más exacto e indubitado posible, evitando las imprecisiones que puede dar lugar a pleitos.

3. El interés público para dotar de seguridad al tráfico jurídico, fundamental para el desarrollo económico; para configurar la riqueza inmobiliaria como fuente de tributos; y para que la propiedad inmobiliaria pueda cumplir su función social y medioambiental.

4. A estos podemos añadir el interés de los terceros para conocer el estado descriptivo más o menos exacto de la finca, base física del derecho que pretenden adquirir.

5. Y el interés del Derecho Inmobiliario Registral, pues la descripción de la finca es un requisito del título inscribible y parte del contenido del asiento registral, para lograr su identificación, jurídica y geográfica, que permita evitar patologías como la doble inmatriculación o la inmatriculación de fincas imaginarias¹⁶. En este interés nos vamos a centrar, tomando en consideración la descripción de la finca como circunstancia de la inscripción, cuyo contenido y forma de practicarla se regula por la Ley, por ese quintuple interés aludido y no está sometida a la libre voluntad de las partes, a través del principio de rogación.

La novedad más radical de la Ley 13/2015 es que la descripción de la finca ha de completarse, obligatoria o potestativamente, según los casos, con su georreferenciación coherente, distinguiendo en la descripción una vertiente literaria y otra geográfica.

1.1. La voluntad en la vertiente literaria de la descripción

La facultad de descripción de la finca es una de las que integran el contenido del derecho de propiedad. Pero, esa descripción no se deja al libre albedrío del propietario del inmueble, sino que se le impone la obligación de describirlas de una determinada forma.

Así el artículo 9, en su letra a), obliga a que la descripción de la finca exprese: su situación física detallada, su naturaleza, sus linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, si les fuera exigible, la referencia catastral del inmueble o inmuebles y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro y si consta acreditada, su respectiva calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera. Todas estas circunstancias han de manifestarse en el correspondiente título público, conforme al artículo 21.1 de la LH, cuando dispone: «*Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas las circunstancias que necesariamente debe contener la inscripción y sean relativas a las personas de los otorgantes, a las fincas y a los derechos inscritos*».

En la descripción de la finca, el interesado ha de realizar una serie de manifestaciones, como son la referencia catastral que corresponde al

inmueble inscrito, pues esta, conforme al artículo 38 del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario 1/2004, de 5 de marzo (TRLCI), deberá figurar en los instrumentos públicos y se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos. La referencia catastral se aportará al Notario por los requirentes u otorgantes del título notarial en el que conste el hecho, acto o negocio constituido sobre el inmueble de que se trate y al Registro de la Propiedad, por quienes soliciten la práctica de un asiento registral relativo a bienes inmuebles (art. 40), mediante los documentos a los que se refiere el artículo 41, preferentemente, la certificación catastral descriptiva y gráfica, obtenida por medios telemáticos, que acredita 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 catastral y el titular catastral, con su número de identificación fiscal o, en su caso, número de identidad de extranjero. La certificación catastral se incorporará a los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por ley (art. 3.2 del TRLCI).

Por tanto, el propietario respecto de la finca ha de describirla al objeto de individualizarla al tráfico jurídico. Pero, ha de hacerlo en la forma determinada por la Ley 13/2015, que introduce una serie de reformas en la Ley Hipotecaria y en el Catastro, obligándole a hacer una serie de manifestaciones, cuando el inmueble tenga una repercusión sobre la realidad física.

1.2. La voluntad en la vertiente gráfica de la descripción

Desde un punto de vista gráfico, la georreferenciación de una finca registral es la traducción sobre un sistema de información geográfico georreferenciado de su descripción literaria o alfanumérica, incorporada a una inscripción, tras un procedimiento registral y la calificación positiva de la georreferenciación aportada en el título. Y ello se produce porque el titular registral manifiesta fehacientemente en el título presentado una descripción de la finca, con una vertiente literaria y gráfica, planteándose tres cuestiones:

1. Si ha de existir voluntad o petición expresa del titular registral para que se incorpore al asiento la georreferenciación aportada y consentida en el título.
2. Si la aportación de esa georreferenciación es obligatoria, o es voluntaria.
3. Si cabe la voluntad del interesado para excluir la incorporación de la georreferenciación, a pesar de la aportación realizada en el título.

1.2.1. La petición expresa de incorporación de la georreferenciación

Respecto a la primera cuestión, entendemos que la respuesta debe ser negativa, pues la petición de inscripción de la georreferenciación resulta inseparable de la de la inscripción ordinaria, cuando se aporte material geográfico suficiente. El interesado no puede rechazar o impedir que el registrador trate de georreferenciar la finca sobre el territorio, utilizando la cartografía catastral como básica, como trámite del procedimiento registral, que implicará una calificación, una decisión y una inscripción y despacho, en su caso, de la georreferenciación aportada¹⁷.

Esa incorporación al asiento de la georreferenciación, es decir, su inscripción en sentido técnico no requiere de una petición expresa, pues la Ley 13/2015 aspira a una coordinación entre el Registro y el Catastro, como deseo del legislador, que no queda al arbitrio de los interesados, por el quíntuple interés al que aludimos anteriormente.

Dejar el cumplimiento de esta ley, tan importante y costosa en su elaboración, al arbitrio de la voluntad de los titulares, supone concederles la posibilidad de elegir entre que se cumpla o que el gran número de fincas inscritas, antes de su entrada en vigor, sigan viviendo al margen de la aspiración legislativa de conectar su descripción con los datos físicos apoyados en una cartografía oficial como la catastral.

1.2.2. El carácter voluntario o necesario de la aportación de georreferenciación

Con respecto a la segunda cuestión, la georreferenciación de la finca ha de aportarse por el interesado en el título, sin que pueda formarse de oficio por el registrador, como ocurría con el régimen anterior a la entrada en vigor de la Ley 13/2015. Por tanto, respecto a esa aportación en el título por el interesado, podemos distinguir tres situaciones:

1. Si aporta una georreferenciación catastral, entendemos que la petición de inscripción de la georreferenciación de la finca no es potestativa para el interesado, pues el título ha de incorporar, salvo en los supuestos legalmente excepcionados, o cuando la finca no tenga repercusión sobre la realidad física, una certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela correspondiente con la finca registral, con su representación gráfica georreferenciada. En ese caso, la aportación de georreferenciación implica petición de su incorporación, si tras la calificación registral, se cumplen los requisitos del artículo 9.

2. Si el interesado no aporta ninguna georreferenciación, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha seguido una línea fluctuante respecto a la consulta del Catastro por el registrador y la incorporación de la georreferenciación catastral. Así la RDGRN de 3 de octubre de 2016 declaró,

como hemos dicho, que *«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»*.

Sin embargo, la RDGRN de 2 de febrero de 2017 declaró: *«incluso en caso de no aportarse dicha certificación catastral descriptiva y gráfica, el registrador, a solicitud del interesado, puede obtenerla directamente de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro, tal y como ha señalado este Centro Directivo en el apartado primero de la Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015, en base a que la Resolución Conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, de fecha 26 de octubre de 2015»*. La de 7 de abril de 2017 señala: *«En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la posibilidad de consulta directa por el registrador a la Sede Electrónica del Catastro, hay que recordar la doctrina de esta Dirección General (cfr. resoluciones de 9 de abril y 17 de julio de 2015 y 3 de octubre de 2016) acerca de 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. El registrador puede obtener datos necesarios para la inscripción en tanto los mismos resultan de organismos oficiales a los que aquel puede acceder directamente, no solo para lograr mayor acierto en la calificación, sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral. Y lo mismo cabe decir en cuanto a los notarios, que disponen de iguales accesos a organismos oficiales, respecto a la elaboración de documentos inscribibles o la subsanación de los defectos que estos pudieran adolecer (cfr. art. 173 del Reglamento Notarial)»*.

3. Si el interesado aporta representación gráfica alternativa, en defecto o inexactitud de la catastral, se entiende solicitada su incorporación. Pero, su falta no impide la práctica del asiento, salvo caso de georreferenciación como circunstancia necesaria del asiento.

Y es que esta Ley destaca por la exigencia de la utilización de representaciones gráficas, en ciertos casos con carácter obligatorio, además de generalizar su uso, con carácter potestativo, basándose en la cartografía catastral básica y en la certificación catastral descriptiva y gráfica, como medio de georreferenciación principal para identificar las fincas registrales¹⁸. Y ello porque la utilización de representaciones gráficas supone un triple avance: tecnológico, al utilizar medios electrónicos para describir los inmuebles; de seguridad jurídica al conseguir un perfeccionamiento y mayor certeza en la descripción de los objetos de derecho; y supone un reforzamiento de los pronunciamientos registrales al extender el

principio de legitimación del artículo 38 de la LH a la descripción georreferenciada de la finca, cuando está coordinada con el Catastro¹⁹.

Si aporta georreferenciación, el interesado ha de realizar una serie de manifestaciones, en orden a determinar la situación en que se encuentra la georreferenciación de la finca en relación con la realidad física del inmueble, pues en todo instrumento público el notario solicitará de los otorgantes que le manifiesten si la descripción de la certificación catastral se corresponde con la realidad física del inmueble en el momento del otorgamiento del documento público (art. 18.2 del TRLCI):

1. Si manifiestan la identidad entre la realidad física y la certificación catastral, el notario describirá el inmueble en el título público de acuerdo con dicha certificación y hará constar la manifestación de conformidad de los otorgantes. Es decir, consienten que la georreferenciación aportada en el título, coherente con la descripción literaria, pueda tener un efecto rectificador de esta, en su caso, para lograr la coherencia interna entre ambas.

2. Si 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. Si no lo acreditan, se describirá la finca según resulte del Registro y del Catastro, manifestando los otorgantes la falta de conocimientos técnicos para determinar tal circunstancia, sin iniciar el procedimiento de subsanación de discrepancias del artículo 18 del TRLCI o cualquier expediente para concordar la realidad física con la jurídica de la finca registral, regulados en el título VI de la LH, que son potestativos.

Todas las manifestaciones relativas a la descripción de la finca, literaria o georreferenciada, han de calificarse por el registrador, pues una de las novedades introducidas por la Ley 13/2015 es la transformación del sistema de transcripción de la descripción de la finca, basado en la mera manifestación de las partes, a un sistema de calificación e inscripción, donde las partes deben realizar una serie de manifestaciones relativas al estado descriptivo de la finca²⁰, que inciden en la forma en que el registrador ha de ejercer la calificación registral del título, como trataremos en otro artículo.

1.2.3. La voluntad excluyente a la incorporación de la georreferenciación al asiento

Respecto a la tercera cuestión respecto a si la voluntad del interesado puede excluir la incorporación de la georreferenciación aportada en el título, si cumple con los requisitos del artículo 9, puede alegarse en su favor lo dispuesto en el artículo 425 del RH, cuando dispone: «*Presentado un título, se entenderá, salvo*

que expresamente se limite o excluya parte del mismo, que la presentación afecta a la totalidad de los actos y contratos comprendidos en el documento y de las fincas a que el mismo se refiera siempre que radiquen en la demarcación del Registro, aun cuando materialmente no se haya hecho constar íntegramente en el asiento, pero en la nota de despacho se hará referencia, en todo caso, a esa circunstancia».

A nuestro juicio, aunque en estos casos, la georreferenciación es circunstancia potestativa de la inscripción, la respuesta debe ser negativa, por los siguientes argumentos:

a) La aportación de la georreferenciación catastral es obligatoria respecto a títulos que hayan de presentarse en el Registro, salvo en los casos exceptuados por el artículo 39 del TRLCI y respecto a fincas con repercusión sobre la realidad física, que puedan ser localizadas por el interesado. Pero, puede que este desconozca la referencia catastral, o que la parcela carezca de georreferenciación catastral, o que esta sea inexacta. En esos casos, para que el registrador pueda proceder a la calificación registral se precisa un acto de voluntad del interesado, consistente en la aportación de una georreferenciación alternativa, pero no que este pueda excluir una actuación que es debida por el registrador, si se aporta una georreferenciación catastral en el título.

b) La calificación registral del título es unitaria y se refiere a este en su integridad, sin que los interesados puedan someter a calificación solo aquellas partes de los negocios que tengan por conveniente, excluyendo determinadas cláusulas, como ha declarado la RDGRN 27 de noviembre de 1986.

c) La calificación registral de la georreferenciación se configura como acto debido del registrador, en el impulso del procedimiento registral, iniciado por la rogación, que no puede excluirse parcialmente por implicar una serie de decisiones del registrador con una serie de consecuencias distintas, según el resultado de la calificación. Así:

1. Si la calificación es positiva:

- Se inscribirá la referencia catastral, por cumplirse los requisitos del artículo 45 del TRLCI.
- Podrá incorporar la georreferenciación aportada a la inscripción, si se cumplen los requisitos del artículo 9.
- Podrá declararla coordinada gráficamente con el Catastro, si es de origen catastral, o iniciar el procedimiento para lograr su coordinación, si es alternativa, siendo este uno de los objetivos principales de la reforma, aunque no se imponga con carácter obligatorio.
- Incorporada la georreferenciación y coordinada gráficamente la finca con el Catastro, se extiende el principio de legitimación a la georreferenciación, conforme al artículo 10.5 de la LH.

- Comunicará al Catastro el Código Registral Único de la Finca.
- La georreferenciación podrá ser objeto de publicidad registral y podrá visualizarse en el geoportal del Colegio de Registradores.

2. Si es negativa:

- El registrador podrá declarar dudosa la referencia catastral, por no cumplirse los requisitos del artículo 45 del TRLCI.
- No incorporará ninguna georreferenciación en el asiento.
- La finca se declarará como no coordinada gráficamente con el Catastro.
- Se comunicará al Catastro un informe motivado con las causas de la no coordinación gráfica de la finca.
- La finca puede quedar identificada en la capa de fincas registrales identificadas geográficamente por el registrador, con valor auxiliar, de la aplicación informática homologada, sin producir efectos sustantivos, pero con importantes efectos registrales, como la localización del dominio, que puede ayudar a futuras calificaciones, por su valor auxiliar, pudiendo conocerse la identidad del titular registral como colindante.
- La georreferenciación no incorporada no puede ser objeto de publicidad registral, ni visualizarse en el geoportal del Colegio de Registradores.

Todas estas acciones del registrador, según el resultado de la calificación, no pueden dejarse a la exclusiva voluntad expresa de este en el título público.

1. Una interpretación evolutiva del párrafo 2.º del artículo 9 b) de la LH

A nuestro entender, la interpretación mayoritaria y dominante sobre la necesidad de rogación expresa para la incorporación de la representación gráfica al asiento, se basa en una interpretación excesivamente literal del término «potestativamente», utilizado por el párrafo 2.º de la letra b) del artículo 9, pues utilizando los medios de interpretación que la ciencia jurídica ofrece al interprete, la conclusión es distinta, como trataremos de explicar.

2.1. El argumento hermenéutico

Tratamos aquí dos cuestiones: la voluntad del legislador formulada en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, de 24 de junio y el precedente legislativo en la materia.

2.1.1. La voluntad del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015

Uno de los objetivos que persigue esta Ley 13/015 es el de establecer un nuevo sistema de descripción de las fincas y de relaciones entre el Catastro y el Registro de la Propiedad.

Así se desprende del párrafo 2.º del Exponente I de su Exposición de Motivos, cuando declara: «*El Registro de la Propiedad y el Catastro Inmobiliario son instituciones de naturaleza y competencias diferenciadas que, no obstante, recaen sobre un mismo ámbito: la realidad inmobiliaria. La coordinación de la información existente en ambas instituciones resulta indispensable para una mejor identificación de los inmuebles y una más adecuada prestación de servicios a ciudadanos y Administraciones*». Por tanto, parece que la coordinación entre el Registro y el Catastro es uno de los objetivos principales de la Ley, que se establece no solo en interés de los propietarios, sino también en interés de la Administración y los colindantes, los ciudadanos y el Derecho, para una mejor identificación de los inmuebles. Y ese objetivo se dificulta si entendemos, respecto de todas las fincas inscritas a uno de noviembre de 2015, que solo se procederá a coordinarlas gráficamente con el Catastro, cuando lo solicite expresamente el interesado.

En el párrafo final de este Exponente I, tras hacer un repaso de las diferentes medidas legislativas para lograr esa coordinación, entre las que destaca la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica de una parcela en los títulos que puedan causar asiento en el Registro de la Propiedad declara: «*Desde entonces el Registro remite datos de relevancia al Catastro, pero hasta el día de hoy no existe una conexión que posibilite un intercambio bidireccional de información que permita la necesaria coordinación entre ambos. Existen supuestos en los que, por el carácter voluntario de la inscripción, por llevarse a cabo operaciones registrales o de alteración catastral sin que exista esa comunicación, o por otras causas, se producen situaciones de divergencia. Tampoco existe un procedimiento de coordinación que permita la resolución de discrepancias entre el Registro y el Catastro en la descripción de los bienes inmuebles*».

Por ello, en el Exponente II declara: «*la finalidad de esta Ley es conseguir la deseable e inaplazable coordinación Catastro-Registro, con los elementos tecnológicos hoy disponibles, a través de un fluido intercambio seguro de datos entre ambas instituciones, potenciando la interoperabilidad entre ellas y dotando al procedimiento de un marco normativo adecuado, y así de un mayor grado de acierto en la representación gráfica de los inmuebles, incrementando la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario y simplificando la tramitación administrativa*».

Resulta extraño que uno de los objetivos de la Ley, se deje al arbitrio o voluntad de los interesados, pues la coordinación gráfica se anuda por la Ley

a la inscripción de la georreferenciación, para lo que regula diferentes procedimientos, respecto de los cuales, el Exponente III comienza declarando en el primer párrafo: *«El primer efecto de la reforma será favorecer la coordinación entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. Desde el punto de vista económico y de la seguridad jurídica es esencial para el Registro determinar con la mayor exactitud posible la porción de terreno sobre la que proyecta sus efectos. Para el Catastro es esencial conocer y reflejar en cartografía todas aquellas modificaciones o alteraciones registrales que se produzcan sobre las realidades físicas de las fincas mediante cualquier hecho, negocio o acto jurídico. Esta coordinación debe realizarse mediante procedimientos ágiles, pero, al mismo tiempo, dotados de las suficientes garantías jurídicas para los posibles afectados, a través de procedimientos que eviten cualquier situación de indefensión».*

Particularmente clarificador es el siguiente párrafo, cuando declara: *«La Ley define cuándo se entiende que existe concordancia entre la finca registral y la parcela catastral y cuándo se entiende que la coordinación se alcanza, y, al tiempo, establece las vías para dejar constancia registral y catastral de la coordinación alcanzada, así como para dar publicidad de tal circunstancia».* Es decir, es la Ley la que regula como y cuando se logra la coordinación entre finca y parcela y las vías para dejar constancia de ello en el asiento. Tampoco de este párrafo se desprende que uno de los objetivos de la Ley se deje al arbitrio del interesado, al amparo del principio de voluntariedad de la inscripción, el que se practique o no la inscripción, cuyo contenido se regula por la Ley.

Y ello debe ser así porque, como continúa declarando el párrafo siguiente del Exponente III, *«La fiabilidad de la información incrementa la seguridad jurídica. La seguridad jurídica en las transmisiones es un importante valor añadido a la propiedad inmobiliaria, que evitará supuestos litigiosos y los costes, tanto económicos directos de todo contencioso, como los indirectos, derivados de las situaciones de pendencia, dotando al mercado inmobiliario de mayor transparencia»*, de lo que se desprende que esta cuestión se establece, no solo en beneficio de los propietarios, sino también de la Administración, de los colindantes y de los terceros, que verán aumentada la fiabilidad de los datos publicados en el Registro.

De entre los *«procedimientos registrales que puedan afectar a las realidades físicas de las fincas»*, se prevé, *«por una parte, un marco regulatorio general de relaciones, que se recoge en los artículos 9 y 10, y también uno específico, relativo a las que se producen dentro de cada uno de los procedimientos particulares»*. De ahí la diferenciación que hace la Dirección General de los Registros y del Notariado entre los distintos procedimientos a través de los cuales se puede rectificar la superficie de una finca, que son el procedimiento registral ordinario del artículo 9, o los expedientes de jurisdicción voluntaria del título VI, en caso de discordancia entre el contenido del Registro y la realidad jurídica extrarregistral, que implicarán siempre notificación a los colindantes afectados.

Y ello nos lleva a la cuestión de determinar cuál es el criterio para acudir al marco de uno u otro. Ese criterio viene determinado por el artículo 9 y es la ausencia de dudas del registrador en la identidad de la finca. Si las hay, estas habrán de resolverse previamente mediante expediente del Título VI, pero no impedirán la práctica del asiento, cuando la georreferenciación no sea circunstancia necesaria de este. Así lo entiende la RDGRN de 3 de octubre de 2016, al declarar que cuando el reflejo registral de la georreferenciación no sea obligatoria sino potestativa, el hecho de que no sea posible inscribir esta, por dudar el registrador de la identidad de la finca, no impide que se pueda inscribir el negocio jurídico de transmisión o gravamen celebrado, si media solicitud al registrador, conforme al apartado segundo, letra c), de la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros de 3 de noviembre de 2015.

Por tanto, de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2015, no resulta que en la *mens legislatoris* esté presente la necesidad de rogación expresa para que pueda cumplirse uno de los objetivos esenciales de la Ley: la coordinación, aunque no sea objetivo obligatorio, sino que se logre, cuando sea posible, tras la correspondiente calificación registral positiva.

2.1.2. El precedente legislativo inmediato

El precedente legislativo inmediato, constituido por la redacción anterior del artículo 9 operada por la Ley 24/2001, también parece abonar esta conclusión, pues el anterior artículo 1 distinguía dos situaciones:

1. La identificación geográfica de la finca por el registrador, que implicaba una acción de localizar, una calificación y una decisión de la que debía dejarse constancia mediante un asiento, que en la práctica fue de una nota marginal, que se denominó de validación. A ella se refería el último párrafo del artículo 9.1 al disponer: «*Los registradores dispondrán de aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas que permitan su coordinación con las fincas registrales y la incorporación a estas de la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente*».

Por tanto, parece configurarse como obligación o acto debido de los registradores, al calificar la descripción de la finca, que hacen los interesados en el correspondiente título público, por el cual este procedía a identificar geográficamente la finca, para coordinar la descripción con su base gráfica y la incorporación a esta de la calificación urbanística, ambiental o administrativa correspondiente, mediante un sistema de información geográfica, tras la correspondiente calificación y decisión, sin que fuera necesaria una rogación expresa para realizarla, más allá de la que representa la petición de inscripción mediante la presentación del título tradicional.

2. El archivo de la base gráfica aportada por los particulares, a que se refieren los dos primeros párrafos del artículo 9.1, que requiere una rogación tácita, manifestada por la incorporación al título de una base gráfica. El primer inciso del artículo 9.1 comienza disponiendo: «*Podrá completarse la identificación de la finca mediante...*»; por lo tanto, la posibilidad de aportar una base gráfica para completar la identificación de la finca quedaba al exclusivo arbitrio del otorgante del título. Ello podía hacerse «*mediante la incorporación al título...*»; por tanto, la base gráfica no era parte de la descripción de la finca, sino que aparece como un material complementario que no se incluye en la configuración del título, esto es, que se incorpora al mismo, aunque lo acompaña. Esta postura se reafirma de forma concluyente al principio del párrafo siguiente, cuando dispone: «*La base gráfica catastral o urbanística y el plano topográfico, si se utilizasen*». Cabe, por tanto, la posibilidad de no hacerlo, «*deberán acompañarse al título*», sin que queden incluidos en la descripción de la finca²¹.

Esta operación de archivo voluntario, si se aportaba la base gráfica, facilitaba la obligación del registrador, regulada en el último párrafo, pero si no se aportaba, en ningún caso excluía el acto debido del registrador de proceder a identificar geográficamente la finca sobre una cartografía, mediante el uso de un sistema de información geográfica.

Entendemos que el precedente de la Ley 13/2015 no está constituido por los dos primeros párrafos del artículo 9.1 anterior, que regula la aportación voluntaria de base gráfica y la operación de su archivo registral, sino por el tercero, que contiene el origen de lo se denominó la técnica de la inscripción registral gráfica, que luego culmina con la redacción del artículo 9 b), tras la redacción dada por la Ley 13/2015, siendo las novedades que el registrador no puede confeccionar la representación gráfica de oficio, sino que debe aportarse por el interesado, ya sea de origen catastral o alternativo, cuando se admita, siempre que esta respete los requisitos de homogeneidad de la cartografía catastral.

La nueva Ley contempla la georreferenciación de la finca como circunstancia de la inscripción y como parte integrante del título y no para una operación de archivo de la base gráfica aportada voluntariamente por el interesado. Este tiene que aportar obligatoriamente una representación gráfica catastral y efectuar una serie de manifestaciones sobre ella, integradas en la descripción de la finca en el título, como hemos visto.

Lo que ocurre es que, si no lo hace, no por ello se excluye la práctica del asiento, pues su incorporación al mismo es potestativa para el registrador, salvo en los casos en los que la misma se configure como circunstancia forzosa del asiento.

Pero, también puede aportar una representación gráfica georreferenciada alternativa a la catastral, en defecto o inexactitud de esta, que ha de alegar, siendo su aportación voluntaria e implicando un supuesto de rogación tácita

de solicitud de inscripción de esa georreferenciación y no de la catastral, que también ha de incorporarse al título.

Pero, en todo caso, el registrador ha de proceder a calificar la descripción de la finca en todas sus circunstancias, incluida la georreferenciación y a adoptar una decisión sobre ellas, que deberá plasmar en el asiento y en la aplicación informática homologada; calificación y decisión que se entienden incluidas en la petición de inscripción manifestada mediante la presentación del título. Y ello, porque lo que pretende la nueva ley es lograr una descripción literaria, perimetral y georreferenciada de la finca, como regla general, sin perjuicio de que la última sea, salvo en los supuestos determinados, una circunstancia potestativa, que admite asientos en los que no se incorpore la georreferenciación, pero no como regla general, sino como situación excepcional, por existir una discordancia con la realidad física y no solicitar el interesado su subsanación por los medios previstos para ello. Pero, cuando no exista esa discordancia, el registrador, tras su calificación podrá incorporar al asiento, en su caso, la georreferenciación coherente con la descripción de la finca, que será registral y se regirá por los principios hipotecarios, produciendo efectos sustantivos y será susceptible de publicidad registral.

1.1. El argumento literal

Este ha sido el principal argumento para defender la necesidad de una rogación expresa para incorporar la georreferenciación de una finca al asiento de inscripción, interpretando la palabra «*potestativamente*» del párrafo segundo de la letra b) del artículo 9, como dirigida al interesado, equiparando los términos «incorporación» e «inscripción». Sin embargo, la redacción de los siguientes párrafos del artículo 9 b) parece abonar la conclusión respecto a que estamos ante un acto debido del registrador en el impulso del procedimiento registral, que ha de culminar con una decisión respecto a la incorporación de la georreferenciación y la coordinación gráfica con el Catastro.

1.1.1. La interpretación del término «potestativamente»

Este término, amparándose en el principio de voluntariedad de la inscripción, se interpreta como dirigido al interesado, que ha de solicitar la incorporación de la georreferenciación a la inscripción, olvidando que lo que es voluntario es solicitar la práctica del asiento, pero su contenido se regula por la Ley sin estar sujeto a la voluntad de los interesados.

A nuestro juicio, ni siquiera de este argumento se desprende la necesidad de petición expresa de inscripción de la georreferenciación y la coordinación gráfica con el Catastro.

En primer lugar, porque el artículo 9 no está regulando el principio de ro-gación, sino las circunstancias del asiento de inscripción, que se redacta por el registrador, tras la calificación de las manifestaciones de los otorgantes del título público. Por tanto, no es un precepto dirigido a los otorgantes, sino al registrador competente, imponiéndole una serie de obligaciones en la redacción del asiento, entre las que ordena cuando podrá incorporar la georreferenciación al asiento y determinando cuando esta es una circunstancia que deberá incorporar obligato-riamente, sin la que no podrá practicarse el asiento y cuándo podrá incorporarla potestativamente, sin que la no incorporación impida la práctica del asiento.

Por tanto, la expresión «Asimismo *podrá incorporarse con carácter potesta-tivo*» se utiliza por contraposición a los supuestos del párrafo primero, referido a los supuestos de incorporación obligatoria de la georreferenciación. Y se refiere a los supuestos en los que no sea posible la incorporación de la georreferencia-ción, por no cumplirse los requisitos de los párrafos siguientes del artículo 9 b), ya sea por no referirse a la misma porción de territorio, invadir fincas o dominio público colindante, o existir una discordancia superficial superior al 10% de la cabida inscrita. En esos casos el legislador presume una discordancia que hay que subsanar para lograr la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral, mediante los expedientes aptos para ello, regulados en el título VI de la LH. Esa subsanación de la discordancia requiere solicitud expresa, o tácita, rectificando la descripción de la finca en el título para adaptarla a la de la georreferenciación (RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015). En estos casos, se han de aplicar los requisitos del artículo 199 de la LH, el primero de los cuales es, precisamente, la existencia de una discordancia con la realidad física que se ha de subsanar para poder incorporar la georreferenciación aportada y coordinar gráficamente la finca con el Catastro. Y ello puede hacerse con ocasión de la formalización de otro acto inscribible, o como operación registral específica, que puede solicitarse incluso por instancia privada.

Por tanto, interpretamos que la expresión «*potestativamente*» no se refiere a que los otorgantes del título puedan incorporar la georreferenciación, pues esta es obligatoria para ellos, como resulta del Texto Refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, sino que va referida al registrador.

1.1.2. La equiparación de los términos «incorporación» e «inscripción»

Otro de los argumentos que han dado lugar a la interpretación que exige solicitud expresa o tácita para incorporar la georreferenciación es la identi-ficación de los conceptos de «incorporación» e «inscripción», que se utiliza indistintamente el artículo 9 de la LH.

Que la incorporación de la georreferenciación a la finca es una inscripción en sentido técnico nadie lo duda, pero la acción que realiza el registrador para

hacer constar esa georreferenciación no es la tradicional acción de inscribir, sino la de incorporar una circunstancia, en soporte electrónico como es el archivo GML, a un asiento en soporte papel, que redacta el registrador.

Esa incorporación solo puede hacerse, mientras el folio real siga siendo en soporte papel, utilizando la firma electrónica reconocida del registrador como medio y no como fin.

Así, el registrador extrae las coordenadas de georreferenciación aportadas por el interesado, como circunstancias de trascendencia real que integran el archivo GML aportado. Atribuye a estas los atributos registrales, que son el código registral único de la finca y el asiento de presentación en el Diario. Con estos datos conforma un GML que firma con su certificado de firma electrónica reconocida, para generar un Código Seguro de Verificación, que individualiza el archivo y que se incorpora al asiento registral, como circunstancia de la inscripción, cuando la calificación sea positiva, que luego ha de ser firmado por el registrador, utilizando su firma ya como un fin, cual es culminar el procedimiento registral con la redacción y firma del asiento, que produce efectos jurídicos. Esta forma de incorporación se sanciona por la RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015.

En ningún caso el término «incorporación» puede interpretarse en el sentido que tenía la expresión en los dos primeros párrafos del artículo 9.1, redactado por la Ley 24/2001, pues esa incorporación no alude a la posibilidad que tienen los titulares de aportarla, para lograr su archivo, sino que se refiere al modo en que el registrador efectuará la acción de inscribir una circunstancia, de origen electrónico a un folio en soporte papel.

Por ello, no podemos concluir que la equiparación de los términos «incorporación» e «inscripción» pueda determinar la separación de la rogación en dos vertientes distintas, como si de dos asientos distintos se tratara, la petición de inscripción del derecho, mediante la presentación del título y la petición expresa o tácita de inscripción de la georreferenciación, si se describe la finca como resulta de la georreferenciación aportada.

La petición de inscripción es única y deriva de la presentación del título inscribible, en el que se aporta una georreferenciación determinada de la finca, que obliga al registrador a calificarla y a decidir si la incorpora o no al asiento, como circunstancia de este. Solo cuando no se aporta, el registrador no efectuará ninguna operación de incorporación de la georreferenciación, porque el titular no ha prestado consentimiento respecto a ninguna georreferenciación que complete la descripción de su finca.

1.1.3. La redacción del resto de los párrafos del artículo 9 b)

Del mismo resulta que la calificación de la georreferenciación aportada y la incorporación de esta circunstancia potestativa, en caso de calificación positiva,

es un acto debido del registrador, que deriva del impulso del procedimiento registral y del modo en que ha de redactar el asiento. Así:

1. La letra a) del artículo 9 regula como circunstancias de la inscripción:

- a) La constancia de la referencia catastral, pues la identificación de las fincas registrales debe utilizar como básica la cartografía catastral (art. 10).
- b) El estado de coordinación gráfica o no de la finca registral con la parcela catastral, que estará:
 - Coordinada cuando se incorpore la georreferenciación catastral, que es la regla general.
 - No coordinada cuando el registrador decida denegar la inscripción de la georreferenciación y no se inste un expediente del título VI.
 - Pendiente de coordinación cuando se inscriba una representación gráfica alternativa, mientras no se conteste a la comunicación registral de su incorporación a la inscripción o pase el plazo de 6 meses a que se refiere el artículo 10.5 de la LH, sin oposición expresa del Catastro a dicha incorporación, con validación técnica previa.

2. Los demás párrafos del artículo 9 b) regulan la forma en que el registrador ha de incorporar la georreferenciación al asiento, utilizando reiteradamente términos imperativos, cuando se cumplan los requisitos a que se refiere, dejando al arbitrio del registrador la incorporación o no de la representación gráfica.

Así, en el párrafo 3.º 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»*. Ello se reitera en el artículo 10.2 de la LH, cuando dispone: *«En los casos de incorporación de la representación gráfica georreferenciada conforme a lo dispuesto en la letra b) del artículo 9, deberá aportarse, junto al título inscribible, certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, salvo que se trate de uno de los supuestos regulados en el apartado 3 de este artículo»*, que se refiere a los supuestos excepcionales en los que puede aportarse representación gráfica alternativa.

Por tanto, el hecho que el título incluya una descripción y una representación gráfica implica ya una rogación o petición de calificación e inscripción de la descripción actualizada de la finca. Curiosamente, esta rogación expresa no se plantea cuando se incorpora al título una representación gráfica alternativa, que es el supuesto excepcional, pues se entiende solicitada por el mero hecho de incorporarse al título, alegando el interesado la inexactitud catastral. No parece lógico que se exija cuando se acompañe una representación gráfica catastral, cuya incorporación al título es obligatoria, en los casos determinados en el TRLCI, y

que no se exija cuando se aporte una alternativa. Entendemos que la calificación registral de la georreferenciación ha de realizarse cuando se aporte una georreferenciación de la finca, pero el registrador podrá practicar el asiento, aunque no se aporte georreferenciación, salvo que su incorporación sea obligatoria.

En iguales términos imperativos se pronuncia el párrafo 5.º de la letra b) cuando 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*». Por tanto, el mandato del legislador es claro, si no hay duda, la representación gráfica aportada debe inscribirse, y si las hay, podrá practicarse el asiento registral, pero con una descripción meramente literaria y para inscribir la georreferenciación, «potestativamente», podrá subsanarse la discordancia, mediante expediente del Título VI, cumpliéndose en todo caso los requisitos del artículo 199, ya sea con ocasión de la práctica de otro asiento, o como operación registral específica.

Términos imperativos que reitera en el párrafo 2.º del artículo 10.2, 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*». Por tanto, el artículo 10.2 de la LH equipara la aportación de una representación gráfica catastral a la petición de calificación e inscripción, en su caso, de esta por el registrador, que habrá de incorporarla obligatoriamente, en los casos de la letra a), sin la que no se puede practicar el asiento, o potestativamente en los demás casos, sin que se impida la práctica del asiento principal, en cuyo caso, la descripción será meramente literaria.

De igual modo, en términos imperativos se pronuncia el párrafo 7.º del artículo 9, cuando dispone: «*Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El Registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación*». Si el registrador puede rectificar de oficio la superficie porque ha decidido, previamente, inscribir la representación gráfica es porque:

- a) Hay una diferencia superficial inferior al 10 % de la cabida inscrita, pues si no la hay y la superficie catastral y registral coinciden, no hay

ninguna rectificación de superficie que haya de ser expresamente solicitada por el interesado.

- b) Si procede de oficio es porque no ha habido una rogación expresa previa, pues si la hubiera habido, no actuaría de oficio, sino en virtud de una rogación expresa.

Además, en el párrafo 8.º se impone a todos los registradores la obligación de disponer «*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*». Por tanto, el registrador ha de calificar la relación de la descripción literaria de la finca con su representación gráfica, utilizando esta aplicación, como una de las actuaciones en el ejercicio de la calificación registral, como acto debido del procedimiento registral, que plasmará en una decisión expresada en el asiento.

Por tanto, desde un punto de vista literal, la expresión «potestativamente» no se refiere a la voluntariedad de la inscripción, sino al hecho de ser la incorporación de la georreferenciación circunstancia potestativa de la inscripción. Por tanto, podemos concluir que la calificación de la descripción y de la georreferenciación aportada en el título es un acto debido del registrador y que la aportación de una georreferenciación catastral o alternativa implica la petición de calificación de la georreferenciación y de inscripción, en su caso, que no puede ser excluida por el interesado.

1.2. El argumento sistemático

El argumento sistemático hemos de tratarlo desde un doble punto de vista: la sistemática extrínseca del artículo 9 de la Ley Hipotecaria y la sistemática intrínseca de la letra b) del mismo.

1.2.1. La sistemática extrínseca del artículo 9 en la Ley Hipotecaria

El artículo 9 se ubica dentro del Título II de la Ley Hipotecaria, que lleva por rúbrica «De la forma y efectos de la inscripción», regulando sus circunstancias, en precepto distinto del artículo 6, que según la doctrina dominante recoge el principio de rogación registral, que deriva del consentimiento de los interesados.

Sin embargo, el contenido del asiento no está bajo la influencia del principio de rogación, pues su contenido deriva de la Ley, pues el registrador ha de redactar el asiento de la manera determinada por la Ley tras la correspondiente calificación registral de todas y cada una de las circunstancias del asiento, referidas al sujeto, al objeto y causa del derecho que se inscribe.

Por ello, el artículo 9 comienza disponiendo: «*El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquella. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:*». Por tanto, las circunstancias relativas al objeto del derecho inscribible son las que resultan del artículo 9 a) y b) y habrán de plasmarse en el asiento por lo que resulte de las declaraciones de las partes en el título y de los asientos del Registro, sin que intervenga en ellos la autonomía de la voluntad, dada la redacción imperativa del párrafo y porque el ámbito de la rogación se limita en el artículo 6 a la sola presentación del título en el Registro.

1.2.2. La sistemática intrínseca del artículo 9 b) de la LH

La ciencia jurídica y la práctica registral no se han detenido en el estudio de la sistemática intrínseca del párrafo b) del artículo 9, y se han limitado a distinguir dos supuestos de inscripción de la georreferenciación de la finca:

1. Los supuestos de inscripción obligatoria del párrafo 1.º de la letra b).
2. Los supuestos de inscripción potestativa del párrafo 2.º, respecto de los cuales crea un supuesto de petición especial, que no deriva de la letra de la Ley, como hemos visto.

A nuestro juicio, esta distinción es errónea y deriva de la mejorable sistemática de la letra b) del artículo 9, pero sin negar que el mismo tenga una sistemática intrínseca.

El citado artículo no distingue dos clases de inscripción de la georreferenciación de la finca, según sea obligatoria o voluntaria, sino que los dos primeros párrafos están distinguiendo cuando la georreferenciación es una circunstancia necesaria o potestativa de la inscripción mientras que los siguientes regulan el modo en que el registrador ha de incorporar al asiento la georreferenciación aportada de la finca o el modo en que debe denegar la misma e inscribir el derecho, cuando la misma una circunstancia potestativa del asiento. De ahí que el precepto utilice el término incorporación de la georreferenciación, en el sentido de incorporación al asiento de inscripción, como circunstancia de esta²², sin que

podamos distinguir por un lado la inscripción del derecho y por otro la de la georreferenciación, pues la inscripción es única porque la rogación también lo es. Ello no obsta para afirmar que la incorporación de la georreferenciación sea una verdadera inscripción en sentido técnico, desde el punto de vista material, pero no desde el formal, pues se integra en el contenido del asiento.

1.2.3. La georreferenciación como circunstancia de la inscripción

Del citado precepto se deriva que la georreferenciación es una de las circunstancias de la inscripción, pero distinguiendo dentro de ella, dos supuestos:

1. Aquellos en los que la georreferenciación es circunstancia necesaria de la inscripción, que son los del artículo 9 b) primer párrafo, es decir: «*parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos*». En estos casos, el artículo 9 ordena al registrador que una calificación negativa de la georreferenciación impide la práctica del asiento, por lo que en caso de discordancia con la realidad física, debe suspender la práctica del asiento e iniciar la tramitación del expediente adecuado para subsanarla y lograr la concordancia, que es el del artículo 199, si el interesado no opta por ningún otro, siendo un supuesto de rogación tácita, pues el asiento no puede practicarse sin que se incorpore la georreferenciación, concordante con la realidad física.
2. Aquellos en los que la georreferenciación es una circunstancia voluntaria o potestativa de la inscripción, en los que el artículo 9 permite al registrador la práctica del asiento, aunque no incorpore la georreferenciación aportada de la finca en el título, obligatoria si la misma tiene una repercusión en la realidad física y no se ha solicitado la tramitación de expediente para lograr la concordancia de la realidad registral con la física extrarregistral.

Por tanto, la expresión «*podrá incorporarse con carácter potestativo*» se refiere al supuesto que no sea posible la incorporación de la georreferenciación por no cumplirse los requisitos de los párrafos siguientes del artículo 9 b), en cuyo caso hay que solicitar la subsanación de la discordancia, para lo cual es preciso acudir a un expediente previsto al efecto, ya sea con ocasión de la formalización de otro acto inscribible, o como operación registral específica, que puede solicitarse incluso por instancia privada.

De ahí la remisión a los requisitos del artículo 199, el primero de los cuales es la existencia de una discordancia entre la realidad registral y la física

extrarregistral, pues el título VI lleva por rúbrica: «De la concordancia entre el Registro y la realidad jurídica». Y la necesidad de lograr la concordancia parte de la existencia de una discordancia, pues si esta no existe, nada hay que subsanar y el registrador podrá incorporar la georreferenciación de la finca, cumplidos los requisitos del artículo 9.

Por ello, el artículo 198 dispone: «*La concordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad física y jurídica extrarregistral se podrá llevar a efecto mediante alguno de los siguientes procedimientos: 1.º La inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro*».

Y como ha declarado la DGRN Circular de 3 de noviembre de 2015, en la letra a) del número Segundo: «*Para que el registrador inicie el procedimiento del artículo 199 deberá constar la petición en tal sentido del presentante o interesado. Se entenderá solicitado el inicio del procedimiento cuando en el título presentado se rectifique la descripción literaria de la finca para adaptarla a la resultante de la representación geográfica georreferenciada que se incorpore*». Por lo que, a contrario sensu, podemos entender que, en el procedimiento registral ordinario, la rogación deriva de la mera incorporación al título de una georreferenciación, en los casos en los que, por Ley, deba incorporarse esta.

Y según el artículo 3.3 del TRLCI: «*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*». Por ello, el registrador ha de calificar comparando el contenido del Registro con el del Catastro, para formar su decisión respecto a la descripción de la finca, máxime si el interesado manifiesta que la georreferenciación coincide con la realidad física de la finca y si no logra la convicción mediante el control del cumplimiento de las circunstancias del artículo 9 b), los pronunciamientos registrales siguen permaneciendo sobre los catastrales, mientras no se subsane la discordancia mediante expediente adecuado del título VI de la LH.

Ello concuerda con la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado que estima que no es necesario expediente del artículo 199 para inscribir la georreferenciación de una finca y rectificar la descripción, lo que puede lograrse en el seno de un procedimiento registral ordinario, si se cumplen los requisitos del artículo 9, partiendo de las declaraciones de las partes en el título, presentado en el Registro, en cumplimiento del principio de rogación. Es decir, cuando no hay dudas en la identidad de la finca, las diferencias superficiales son inferiores al 10 % de la cabida inscrita y no hay colindantes afectados. Así, la RDGRN de 1 de junio de 2017, referida a la doctrina general sobre artículo 199 y a las dudas que le pueden surgir al registrador, señaló que la georreferenciación aportada: «*En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria «la representación gráfica*

aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. Se entenderá que existe correspondencia entre la representación gráfica aportada y la descripción literaria de la finca cuando ambos recintos se refieran básicamente a la misma porción del territorio y las diferencias de cabida, si las hubiera, no excedan del diez por ciento de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes».

«Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. artículos 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016). Además, dispone el precepto que a los efectos de valorar la correspondencia de la representación gráfica aportada, 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, para lo que podrá acudir a la aplicación informática prevista en dicha norma y homologada en la resolución de esta Dirección General de 2 de agosto de 2016. Como ha reiterado este Centro Directivo, “siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados (resoluciones de 8 de octubre de 2005, 2 de febrero de 2010, 13 de julio de 2011, 2 de diciembre de 2013, 3 de julio de 2014, 19 de febrero de 2015 y 21 de abril de 2016, entre otras)”».

1.1.4. El argumento lógico

Desde un punto de vista lógico, no puede dejarse el cumplimiento de la Ley 13/2015 a la voluntad del interesado, primero porque la inscripción de la georreferenciación produce efectos jurídicos (art. 10.5 de la LH) y la descripción de la finca es una circunstancia necesaria de la inscripción y esta debe ser perimetral y preferentemente georreferenciada.

De seguir el criterio mayoritario se están dejando fuera del ámbito de aplicación de la Ley a la mayoría de las fincas inscritas en el Registro de la Propiedad, antes de la entrada en vigor de la Ley 13/2015 por la sola voluntad de las partes, las cuales se inscribieron con unas descripciones elásticas, pero inexactas en ocasiones y que pueden estar alejadas de la realidad actual, si

la inscripción es muy antigua, las cuales deben ser depuradas. Y la novedad trascendental que pretende introducir la Ley 13/2015 quedaría muy debilitada, y la *mens legislatoris*, en cierto modo, en agua de borrajas.

V. CONCLUSIONES

Con base en todo lo argumentado hasta ahora, podemos sentar una serie de conclusiones:

I. La Ley 13/2015 no introduce novedades fundamentales en el principio de rogación, en lo que se refiere a la descripción georreferenciada de la finca. La rogación se refiere a la solicitud de práctica de un asiento, cuyas circunstancias regula la Ley, mediante la presentación de un título inscribible, que puede contener una georreferenciación que el registrador habrá de calificar e inscribir, en su caso.

II. La georreferenciación ha de aportarse y consentirse por el interesado, sin que el registrador pueda formarla de oficio, pues falta el consentimiento del interesado a esa georreferenciación.

III. La incorporación de la georreferenciación al asiento, como circunstancia de la inscripción, necesaria o potestativa, no requiere de petición expresa para que el registrador efectúe su calificación y decida incorporar, en su caso, la georreferenciación aportada, sentido en el que debe interpretarse la expresión «potestativo». La inscripción de la georreferenciación y la coordinación gráfica no perjudican al titular registral, que siempre puede alegar la inexactitud con la realidad física y la coordinación lo es a la fecha determinada por el asiento. Al contrario, le benefician, al tener mejor descrito el objeto de su derecho.

IV. Para que la georreferenciación pueda incorporarse al asiento, debe ser coherente con la descripción literaria. Esa coherencia puede derivar de una voluntad:

- a) Expresa, por la adecuación de la descripción de la finca en el título a la georreferenciación aportada.
- b) Tácita, cuando se declara simplemente que la georreferenciación aportada coincide con la realidad física del inmueble.
- c) Presunta, cuando deriva de la aportación de georreferenciación que cumple con los requisitos del artículo 9, tras la calificación registral, y el registrador decide inscribirla para que el asiento produzca los efectos sustantivos más plenos posibles. Solo cuando exista una discordancia que impida la incorporación potestativa de la georreferenciación, podrá practicar el asiento y no incorporar la georreferenciación, mientras no se inste la oportuna subsanación de aquella.

V. Si no se aporta, el registrador no incorporará georreferenciación alguna, con las consecuencias que se deriven de ello. Pero, siendo una circunstancia potestativa, su no aportación no impide la práctica del asiento, pero sí que tiene una serie de consecuencias en su redacción.

VI. Si se aporta una georreferenciación, la decisión respecto a su incorporación o no, no puede ser excluida por el interesado, pues no está en el ámbito de la rogación, sino en el ámbito de la calificación e impulso de oficio del procedimiento registral, en orden a la redacción del asiento, que debe hacerse en la forma determinada por la Ley y no por la voluntad de los interesados.

VII. La no incorporación no será un supuesto de inscripción parcial, puesto que la propia Ley la configura como circunstancia potestativa del asiento.

RELACIÓN DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN de 27 de noviembre de 1986
- RDGRN de 19 de enero de 1988
- RDGRN de 27 de febrero de 2012
- RDGRN Circular de 3 de noviembre de 2015
- RDGRN de 6 de mayo de 2016
- RDGRN de 19 de julio de 2016
- RDGRN de 3 de octubre de 2016
- RDGRN de 2 de febrero de 2017
- RDGRN de 7 de abril de 2017
- RDGRN de 8 de mayo de 2017
- RDGRN de 1 de junio de 2017
- RDGRN de 2 de junio de 2017
- RDGRN de 7 de noviembre de 2017
- RDGRN de 15 de enero de 2018
- RDGRN de 6 de febrero de 2018
- RDGRN de 22 de febrero de 2018
- RDGRN de 23 de febrero de 2018
- RDGRN de 18 de abril de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- ARNÁIZ EGUREN, R. (1998): El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro, Madrid, *RCDI*, núm. 645, marzo-abril.
- CASADO BURBANO, P. (2005): *Los principios registrales mercantiles*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- DÍAZ FRAILE, J. M. (2015): Exégesis de la Ley 13/2015, *BCNR*, núm. 23, Madrid, Colegio de Registradores, noviembre.

- FENECH RAMOS, J. (2017): Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles, Madrid, *RCDI*, núm. 761, mayo-junio.
- GARCÍA GARCÍA, J. M. (1998): *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Madrid, Civitas.
- (2016): *La finca registral y el Catastro*, Thompson-Reuters Pamplona, Civitas.
- GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2015): Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación con la coordinación del Registro de la Propiedad y el Catastro, Madrid, *Revista CT: Catastro*, núm. 84, agosto.
- MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ M. M. (2008): *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- PAU PEDRÓN, A. (1991): Comentario al artículo 606 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, v.3. 354. Madrid, Ministerio de Justicia.
- ROCA SASTRE, R.M. (2008): *Derecho Hipotecario, Tomo I, 9.ª Edición*, Barcelona, Bosch.
- VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2010): *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Barcelona, Bosch.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2009): Los principios hipotecarios, en *Sistemas de transmisión inmobiliaria en el Derecho Europeo*. Pamplona, Thompson Reuters-Civitas.

NOTAS

¹ GARCÍA GARCÍA, J. M. (1998): *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. I, Madrid, Civitas, 553.

² VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2009): Los principios hipotecarios, en *Sistemas de transmisión inmobiliaria en el Derecho Europeo*, Pamplona, Thompson Reuters-Civitas, 190.

³ CASADO BURBANO, P. (2005): *Los principios registrales mercantiles*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 16 y 17.

⁴ MANZANO SOLANO, A. y MANZANO FERNÁNDEZ M. M. (2008): *Instituciones de Derecho Registral Inmobiliario*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 147 y 148.

⁵ GARCÍA GARCÍA, J. M. (1998): *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. III, *op. cit.*, 172.

⁶ ROCA SASTRE, R. M. (2008): *Derecho Hipotecario, Tomo I, 9.ª Edición, op. cit.*, 583.

⁷ ROCA SASTRE, R. M. (2008): *Derecho Hipotecario, op. cit.*, 584 y sigs.

⁸ PAU PEDRÓN, A. (1991): Comentario al artículo 606 del Código Civil, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. VII, v.3. 354. Madrid, Ministerio de Justicia, 1532 y sigs.

⁹ DÍAZ FRAILE, J. M. (2015): Exégesis de la Ley 13/2015, *BCNR*, núm. 23, Madrid, noviembre, 883 y sigs.

Resulta evidente el error en que incurre el precepto al hablar de que «dicha representación podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible», pues la «incorporación» a que alude es la inscripción registral que evidentemente no se practica cuando se «formaliza el acto inscribible», pues una cosa es la formalización del acto y otra, bien distinta, su inscripción.

¹⁰ *Hoy es muy común la aportación de la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca a través de su previa incorporación al título inscribible, al ser dicha certificación uno de los medios previstos legalmente para acreditar la referencia catastral, cuya acreditación es en todo caso obligatoria en los términos previstos en el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del*

Catastro Inmobiliario. Además, desde la reforma introducida por la disposición final 18.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, se ha impuesto la obligación legal de incorporar a las escrituras públicas dicha certificación en los términos reflejados en el artículo 3.2 de la Ley del Catastro, conforme al cual: «La certificación catastral descriptiva y gráfica acreditativa de las características indicadas en el apartado anterior y obtenida, preferentemente, por medios telemáticos, se incorporará en los documentos públicos que contengan hechos, actos o negocios susceptibles de generar una incorporación en el Catastro Inmobiliario, así como al Registro de la Propiedad en los supuestos previstos por ley».

¹¹ Manifestación de coincidencia que, no obstante, entiendo puede hacerse también en el seno del expediente del artículo 199 de la LH.

¹² Esta idea se refuerza teniendo en cuenta que el espíritu de la Ley (vid. Exposición de Motivos) es el de favorecer y estimular el proceso de coordinación Registro-Catastro, por lo que cabe entender que la calificación de la rogación en este ámbito no debe responder a un criterio restrictivo.

¹³ Vid. en este mismo sentido las propuestas de la Comisión del Colegio de Registradores para la interpretación de la Ley 13/2015. La Comisión se planteó también la cuestión de si en los supuestos de no solicitarse la inscripción de una base gráfica cabe o no la identificación de la finca en la aplicación auxiliar de bases gráficas. La respuesta que da es que no solo cabe, sino que es indispensable que los registradores efectúen la labor de identificación de las fincas en su aplicación informática auxiliar, como elemento esencial para la inscripción de representaciones gráficas de fincas que se soliciten. Ahora bien, dicha identificación no generará la nota marginal que preveía el anterior artículo 9 LH ni podrá ser objeto de publicidad registral, con la salvedad de la posibilidad de emitir, si así se le solicita, dictamen sobre la situación física de una finca registral.

¹⁴ GARCÍA GARCÍA, J. M. (2016): *La finca registral y el Catastro*, Pamplona, Thompson-Reuters Civitas, 353.

¹⁵ ARNÁIZ EGUREN, R. (1998): El concepto de finca y la trascendencia de su descripción en el Registro de la Propiedad y en el Catastro, *RCDI*, núm. 645, marzo-abril de 1998, 371 a 378.

¹⁶ GARCÍA GARCÍA, J. M. (2016): *op. cit.*, 356 y 357.

¹⁷ VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2010): *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, Barcelona, Bosch, 182.

¹⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, F. J. (2015): Grandes expectativas derivadas de la Ley 13/2015, de 24 de junio en relación con la coordinación del Registro de la Propiedad y el Catastro, Madrid, *Revista CT: Catastro*, núm. 84, agosto, 986. 13-26.

¹⁹ FENECH RAMOS, J. (2017): Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles, Madrid, *RCDI* núm. 761, Madrid, mayo-junio, 1325.

²⁰ VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2015): «Decálogo interpretativo de la Ley 13/2015» power point explicativo, en diferentes conferencias organizadas para explicar las novedades introducidas por la Ley 13/2015.

²¹ VÁZQUEZ ASENJO, O. G. (2010): *Aproximación a los principios gráficos hipotecarios*, *op. cit.*, 186 y 187.

²² FENECH RAMOS, J. (2017): Utilización de medios electrónicos para la descripción de los inmuebles, *op. cit.*, 1298.

(Trabajo recibido el 4-5-2018 y aceptado para su publicación el 29-5-2018)

Análisis sobre la protección
del adquirente de una vivienda
en construcción en cuanto
a las cantidades anticipadas al
promotor a cuenta del precio

*Analysis of the protection of
the purchaser of a home under
construction about advanced amounts
to developer as particulo of price*

por

DRA. MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO
Profesora Titular (i) de la Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, ha modificado la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación que aborda dos cuestiones fundamentalmente: cómo garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta del precio por el adquirente de una vivienda en fase de construcción al promotor; y de qué modo asegurar que el destino de las cantidades anticipadas sea su construcción a través de su depósito en una cuenta especial de una entidad de crédito. Aunque la nueva redacción mantiene idénticas medidas a las que ya aportaba la

Ley 57/1968, de 27 de julio, también es cierto que el legislador ha introducido cambios sustanciales que afectan tanto a su ámbito de aplicación como a la responsabilidad de los agentes intervinientes en el proceso de edificación.

ABSTRACT: The Law 20/2015, of July 14th, on Ordinance, Supervision and Solvency of Insurance and Reinsurance Companies, has modified the First Additional Rule of the Law 38/1999, of November 5th, of Ordinance on Construction, which fundamentally tackles two issues: how to insure the return of the delivered amounts as particulo of price by the purchaser of a home under construction to the developer; and how to check the advanced amounts is assigned to the construction making a deposit in a bank special account. Even though the new text maintains the same measures that the Law 57/1968, of July 27th, provided with, it is also true the legislator introduces essential changes which concern its scope as well as the responsibility of the agents participating in the process of construction.

PALABRAS CLAVE: Garantías. Contrato de seguro. Aval bancario. Entidad bancaria. Consumidor. Adquirente. Promotor y contrato de compraventa.

KEY WORDS: Warrants. Insurance contract. Bank guarantee. Banking entity. Consumer. Purchaser. Developer and contract of sale.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN: 1. ÁMBITO SUBJETIVO: A) *Sujetos obligados y garantes.* B) *Sujetos protegidos.* 2. ÁMBITO OBJETIVO: A) *Las cantidades anticipadas.* B) *La adquisición de una vivienda.* C) *El delito de apropiación indebida y las sanciones administrativas.* 3. LAS GARANTÍAS: A) *Obligación esencial y consecuencias.* B) *El seguro de caución.* C) *El aval bancario.* D) *El derecho del consumidor a ser informado a través de la forma del contrato.* E) *El incumplimiento del promotor:* a) *¿Rescisión o resolución del contrato?* b) *La ejecución de las garantías.* c) *La prórroga del contrato.* 4. LA CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS. 5. LA CUENTA ESPECIAL EN LA ENTIDAD DE CRÉDITO.—III. CONCLUSIONES.—IV. JURISPRUDENCIA.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

El objetivo fundamental de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación¹ es regular el proceso de edificación². Con este fin se

determina qué obligaciones y responsabilidades deben asumir los agentes que intervienen durante su desarrollo; así como las garantías que han de ofrecer a los adquirentes de la obra con el fin de proteger sus intereses ante los eventuales daños que pueda sufrir la edificación³. Pero el legislador no solo incorpora medidas dirigidas a solventar aquellos problemas vinculados a una ejecución deficiente de la obra, o al incumplimiento de las condiciones básicas de habitabilidad o de seguridad estructural de la misma; también exige garantías a los promotores por la percepción de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de una vivienda con el fin de dedicarlas a la construcción de la misma; situación habitual cuando aquella se adquiere sobre plano. Ahora bien, estas cautelas que establece la disposición adicional primera de la LOE no se pueden definir como novedad legislativa. Razón: la Ley 57/1968, de 27 de julio, ya las reflejaba en unos términos similares, de los que cabía inferir un espíritu tendente a proteger a quien adquiriera una vivienda con el ánimo de constituir la en su domicilio o residencia habitual, aun siendo una Ley anterior a nuestra Constitución de 1978. Es el «estado de necesidad de alojamiento familiar» lo que realmente justificaba que se anticiparan unas cantidades al promotor para construir dicha vivienda. En consecuencia, urgía establecer una serie de medidas tuitivas tendentes a fortalecer la posición del adquirente. Y esto es lo que hizo el legislador: controlar que las cantidades que aquel anticipara se dedicaran a la construcción de la vivienda —y no a otras finalidades diversas—; y exigir la constitución de un aval o de un seguro de caución al promotor como herramientas destinadas a garantizar la devolución de aquellas cantidades en el caso de que el promotor no ejecutara la obra o no la terminara en los plazos acordados; muchas veces debido a su situación de quiebra. De forma clara la STS de 3 de julio de 2013 fundamentó estas obligaciones en que hay que «proteger al adquirente de viviendas en construcción que cumple con parte de su prestación —la entrega de cantidades a cuenta del precio final— sin que el promotor haya cumplido todavía con la que le incumbe —la entrega de la vivienda», y un modo de hacerlo es extendiendo «el número de obligados a responder del buen fin de la construcción», que es lo que sucede con respecto a los avalistas o a los aseguradores con quienes contrata el promotor⁴.

La redacción original de la disposición adicional primera de la LOE solo requería que las cantidades entregadas a cuenta a los promotores o gestores se garantizaran mediante un seguro que indemnizara «el incumplimiento del contrato de forma análoga a lo dispuesto por la Ley 57/1968, de 27 de julio»⁵. Y, por tanto, es cierto que el legislador no incluyó en la LOE la posibilidad de que un aval actuara como garantía de devolución de las cantidades anticipadas. Sin embargo, esto no ha sido óbice para mantener su presencia, máxime cuando no se había producido una derogación, ni expresa ni tácitamente, de la Ley 57/1968. Su vigencia se ha mantenido con los cambios expresamente introducidos por la disposición adicional primera de la LOE, hasta la aprobación

de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras, cuya Disposición Final tercera ha modificado la disposición adicional primera de la LOE, y derogado expresamente la Ley 57/1968, de 27 de julio, así como el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, y la Orden de 29 de noviembre de 1968 sobre el seguro de afianzamiento de cantidades anticipadas para construcción y venta de viviendas⁶.

Aunque la reforma operada en la disposición adicional primera de la LOE introduce cambios en relación con las garantías exigibles al promotor por las cantidades anticipadas durante el proceso de construcción de una vivienda, no hay que olvidar que alguno de ellos es un reflejo de la doctrina jurisprudencial que hasta entonces había solventado las distintas cuestiones que se habían ido planteando en relación con la aplicación de la derogada Ley 57/1968. Desde esta perspectiva, cabe afirmar que, aunque el legislador ha optado por una línea continuista, es cierto también que ha incorporado una serie de matices de carácter sustancial que ha modificado su contenido. Sobre ellos vamos a incidir a continuación⁷.

II. LA DISPOSICIÓN ADICIONAL PRIMERA DE LA LEY DE ORDENACIÓN DE LA EDIFICACIÓN

1. ÁMBITO SUBJETIVO

A) Sujetos obligados y garantes

La Ley 57/1968, de 27 de julio, exigía unas medidas de aseguramiento a las personas físicas y jurídicas que promovieran «la construcción de viviendas (...) destinadas a domicilio o residencia familiar, con carácter permanente o bien a residencia de temporada, accidental o circunstancial», con respecto a las «entregas de dinero antes de iniciar la construcción o durante la misma» realizadas por parte de los adquirentes de aquellas: garantías de devolución de las cantidades anticipadas y depósito de las mismas en una cuenta especial de una entidad de crédito⁸. La actual redacción de la disposición adicional primera de la LOE sostiene idéntica postura cuando dispone que las obligaciones exigibles recaen sobre *«Las personas físicas y jurídicas que promuevan la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción»*; esto es, sobre el promotor inmobiliario, a quien define el artículo 9.1. de la LOE como *«cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o cesión a ter-*

ceros bajo cualquier título». Se incluye a la comunidad de propietarios y a las cooperativas de viviendas, a las que la LOE se refiere expresamente en la citada disposición adicional primera con el ánimo de resolver un tema controvertido⁹. Ahora bien, ¿cómo se gestiona la obligación y la responsabilidad del promotor cuando estamos ante una cooperativa de viviendas o ante una comunidad de propietarios?

Conforme a lo establecido por la Ley 27/1999, de 16 de julio, una cooperativa es una sociedad formada por unas personas que se asocian «en régimen de libre adhesión y baja voluntaria»; ello, con el fin de realizar una actividad empresarial, que en el caso que nos ocupa, será la de la promoción inmobiliaria bajo la siguiente denominación: cooperativa de viviendas. Su capital social estará constituido por las aportaciones de los socios, quienes podrán solicitar su baja voluntaria *ad nutum* o con justa causa, si así se ha acordado en sus Estatutos de funcionamiento. Un órgano colegiado, como es el Consejo Rector, asumirá la gestión, la supervisión de los directivos y la representación de la cooperativa de vivienda, conforme a lo establecido por la Ley, los Estatutos y los acuerdos adoptados en la Asamblea General. Esta cooperativa de viviendas, según lo dispuesto por el artículo 89 de la Ley de Cooperativas, podrá adquirir, parcelar y urbanizar terrenos; y una vez construidas las viviendas, adjudicarlas o cederlas «a los socios mediante cualquier título admitido en derecho». En este contexto, ¿qué sucede con el incumplimiento de las obligaciones legales establecidas por la LOE en cuanto a las garantías exigidas por anticipar dinero a cuenta del precio de una vivienda?

La STS de 12 de julio de 2016 abordó una cuestión como la planteada anteriormente cuando el socio de una cooperativa de viviendas solicitó la resolución de un contrato de compraventa de vivienda sobre plano, justificando su petición en el incumplimiento de una de las obligaciones esenciales por parte de la cooperativa y de su gestora: la ausencia de un aval o seguro que garantizara las cantidades anticipadas a cuenta por el socio¹⁰. Por su parte, la cooperativa alegó que no existía un contrato de compraventa de vivienda, sino un contrato de inscripción del socio con la cooperativa, razón por la que no cabía hablar de resolución de contrato, y sí de baja, cuyos efectos serían los de recuperar unas aportaciones económicas que no podrían ser consideradas como parte adelantada del precio de una vivienda. En consecuencia, la cooperativa no estaba obligada a avalar o asegurar las cantidades entregadas por los socios, ya que son estos quienes se convierten en promotores. Ahora bien, si bien es cierto que la incorporación del socio a la cooperativa no se puede definir como un contrato de compraventa, en aplicación de la Ley 57/1968, el Alto Tribunal precisa que el legislador no se refiere al comprador, sino al cesionario, razón por la que este puede exigir también el aseguramiento de las aportaciones realizadas a la cooperativa¹¹.

De acuerdo con la doctrina aportada por el Tribunal Supremo, y a la luz de lo que expresamente prevé la disposición adicional primera de la LOE,

un cooperativista puede exigir las medidas tuitivas destinadas a garantizar la recuperación de las cantidades anticipadas a la cooperativa, siempre que no se trate de solventar una cuestión relacionada con una baja voluntaria, claro está. La causa que ha de justificar la restitución debe ser la del incumplimiento de las obligaciones por parte de la cooperativa: «*la construcción no se inicia o no llega a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda*». En consecuencia, la sociedad cooperativa, que promueve la construcción de viviendas, actúa como sujeto obligado a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas. Sin embargo, si se incumpliera con esta obligación, la responsabilidad no la debe soportar el resto de los cooperativistas, porque son sujetos afectados también. Esta ha de recaer sobre la Junta Rectora o sociedad gestora, que es generalmente una sociedad mercantil que se dedica a gestionar cooperativas, aunque no sea la perceptora de las cantidades anticipadas.

Si es una comunidad de propietarios la que actúa como promotora, se debe aplicar idéntica responsabilidad a la planteada en el ámbito de la cooperativa de viviendas en relación con el gestor de la comunidad. Razón: los comuneros, que comparten un derecho sobre el suelo, que se traduce en una cuota de participación, promueven la construcción de unas viviendas que finalmente van a ser adjudicadas.

El promotor es quien actúa como sujeto obligado. Sin embargo, las aseguradoras o las entidades de crédito no actúan en concepto de tal. Deben ser calificadas como garantes porque su función es asegurar o afianzar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de la vivienda, en el caso de que el promotor no cumpla con la obligación que le corresponde¹².

B) Sujetos protegidos

El sujeto destinatario de las medidas de aseguramiento previstas por la disposición adicional primera LOE es el adquirente de una vivienda pendiente o en construcción. ¿Es un término equivalente al de comprador? No parece que así sea. Razón: el legislador se refiere al contrato de compraventa con un carácter ejemplificador, pero en ningún caso con un ánimo exhaustivo, porque incluye también expresamente a los contratos de adhesión en el caso de una promoción o a cualquier otro «*instrumento jurídico equivalente*». La propia Ley 57/1968 ya protegía a «los cesionarios» y obligaba al «cedente» a la devolución de las cantidades percibidas por él en el ámbito de un contrato de «cesión de vivienda». Tales términos por sí solo reflejaban que las medidas tuitivas no iban unidas siempre a un contrato de compraventa.

La LOE sustituye el término genérico de «cesionario» por el de «adquirente», cuyo contenido incluye no solo a quienes compran una vivienda, sino también a todos aquellos que reciben la titularidad de un derecho sobre una

vivienda distinto del dominio. La STS de 25 de octubre de 2011 así lo reconoció en cuanto a la adquisición de derecho de aprovechamiento por turno. A este podríamos añadir el derecho de superficie. Razón: el superficiario es un sujeto que dispone de un derecho real sobre un inmueble que le va a permitir edificar sobre el mismo y mantener después la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas¹³. Concurren el propietario del suelo, que es quien constituye el derecho de superficie, y el superficiario, que es quien disfruta de un derecho real en cosa ajena que le permite edificar¹⁴. Este último podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal, y transmitir como fincas independientes las viviendas derivadas de la misma, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo. En consecuencia, la disposición adicional primera de la LOE también debe proteger a quienes anticipan cantidades dedicadas a la construcción de una vivienda por parte de quien disfruta de un derecho de superficie.

¿Cabría aplicar la disposición adicional primera de la LOE a un contrato de permuta de piso futuro por solar? No, en la medida en que lo que se trata de garantizar es la devolución de unas cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda, y en la permuta no existe dinero de por medio. Sin embargo, sí se puede aplicar si el negocio es mixto: se permuta solar por un 50% de un piso futuro, mientras que la parte restante se acaba comprando. Por supuesto, en tal caso habría que estar a lo dispuesto por el artículo 1446 del Código Civil para definir qué tipo de contrato se ha celebrado; si es permuta o compraventa. Si las partes no se hubieran pronunciado al respecto, habría que tener en cuenta el valor del objeto. Si es compra, no hay duda alguna sobre la aplicación de las garantías establecidas por la LOE. Si es permuta, entiendo que también en cuanto a la parte consistente en la entrega de dinero, ya que la LOE habla de adquirente y no de comprador exclusivamente¹⁵.

En consecuencia, el término «adquirente» no es sinónimo de «comprador», aunque cabría preguntarse si aquel debe ser calificado como consumidor. Al respecto, la STS de 11 de abril de 2013 ha considerado que la obligación de garantizar las cantidades entregadas a cuenta tiene carácter contractual, aunque se hace innecesario exigir que el adquirente tenga la condición de consumidor. Aunque la STS de 8 de marzo de 2001 lo tuvo claro: «la motivación esencial y social de dicha Ley es la protección de la persona que ha puesto en juego sumas de dinero para la compra de una vivienda —bien generalmente esencial para la vida—, que está en fase de planificación o construcción». En el mismo sentido se pronunció la STS de 20 de enero de 2015, al mantener que la Ley 57/1968 debía ser interpretada siempre desde el punto de vista de la protección de los compradores de viviendas para uso residencial, incluso de temporada. Ha abundado en la misma idea la STS de 1 de junio de 2016 al analizar esta cuestión en el siguiente supuesto: un promotor inmobiliario que había ido adquiriendo otras viviendas en España, incluyendo varias de la promotora demandada, solicitaba la

protección que establecía la Ley 57/1968 en cuanto a las cantidades anticipadas. El Alto Tribunal sostuvo que el comprador no podía acogerse a lo dispuesto por la Ley 57/1968 por no reunir esta la condición de consumidor. Se trataba de un inversor profesional, y en cuanto tal, las viviendas que adquiría no se destinaban a domicilio o residencia habitual del comprador, sino a la reventa a terceros¹⁶. De esta forma se excluía del marco de protección de la citada Ley a los profesionales del sector inmobiliario: a quienes invertían en la compra de viviendas en construcción con el ánimo de revenderlas durante el proceso de edificación; sin olvidar también a aquellos compradores que en el momento de otorgamiento de la escritura pública cedían su contrato a otro; muchas veces con una finalidad especulativa. Siendo esto así, la referencia que el legislador hacía a «toda clase de viviendas» en la disposición adicional primera de la LOE antes de su reforma, debía ser interpretada como una expresión dedicada a incluir diversas formas de promoción, entre las que se encontraban las realizadas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa. En definitiva, los términos «toda clase de viviendas» debían vincularse a la naturaleza de la promoción o régimen de la vivienda que se comprara. Por consiguiente, la protección no debía extenderse a todo tipo de compradores de viviendas; solo a aquellos que actuaran como consumidores. Ahora bien, tal y como ha sostenido la STS de 9 de septiembre de 2015, que el comprador no fuera el destinatario final de la vivienda, no significa que no se pudiera pactar con el vendedor la obligación de garantizar la devolución de las cantidades anticipadas conforme a lo dispuesto por la Ley 57/1968. En tal caso, el origen de esta obligación se encontraría en el pacto, pero no en la citada Ley.

La nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE, tras la modificación operada por la Ley 20/2015, de 14 de julio, genera dudas en cuanto a la postura que se debe sostener sobre qué naturaleza ha de tener el sujeto que se protege. Cabría aplicar una interpretación teleológica de la Ley, y defender que a quien se ampara es al consumidor final, y no al que adquiere una vivienda en el ámbito del desarrollo de su actividad profesional o empresarial. Sin embargo, una interpretación estricta de los términos empleados nos alejaría de esta idea, puesto que el legislador se refiere a la construcción sin establecer ningún vínculo entre el objeto y su finalidad. El destino de la vivienda resultaría irrelevante ya que, tras los cambios operados en la disposición adicional primera de la LOE, se prescinde de la sujeción del inmueble a un uso residencial. Tan solo se emplea el término «vivienda»; una conclusión que supondría una ruptura con respecto a la línea jurisprudencial sostenida en cuanto a la interpretación de la Ley 57/1968.

Para dar una respuesta adecuada a la cuestión que se plantea sobre si es necesario que concurra en el adquirente la condición de consumidor, a fin de aplicar las medidas protectoras que establece la disposición adicional primera de la LOE en cuanto a las cantidades anticipadas, hay que realizar una interpretación contextual de la misma. De esta se podría inferir que si su número Siete aplica

un régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios al promotor que incumple sus obligaciones, el sujeto protegido deberá reunir la condición de destinatario final, cuya noción se incluye en el artículo 3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios 1/2007, de 16 de noviembre: es consumidor quien actúa con «*un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión*». Desde esta perspectiva, el profesional dedicado a la compraventa de viviendas queda excluido. No así aquellas personas jurídicas que adquieren una vivienda sin ánimo de lucro «*en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial*»; ni tampoco aquellas personas físicas que la compran con el fin de realizar, por ejemplo, una inversión familiar. La STS de 19 de diciembre de 2017 ya analizó el concepto de adquirente como consumidor en el marco de la Ley de aprovechamiento por turno a los efectos de considerar que se puede calificar como tal a quien adquiere un inmueble para dedicarlo a su reventa. El criterio para discernir si es, o no, un consumidor no es el ánimo de lucro, si se refiere a una concreta operación. Solo cuando realice actividades con regularidad en un periodo corto de tiempo, se podrá afirmar que actúa como un empresario o un profesional, dado que la «*habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario*». Esta postura se puede aplicar también al concepto de adquirente que se emplea en la disposición adicional primera de la LOE, en cuyo caso hay que sostener que la devolución y el destino del dinero anticipado al promotor para la construcción de una vivienda son aspectos que deben ser garantizados a quien adquiere como consumidor; con independencia del destino a que se dedique el inmueble adquirido, siempre y cuando se den las condiciones descritas que lo alejan del concepto de actividad empresarial o profesional por tratarse de un acto ocasional. El legislador tan solo acota el uso al que ha de dedicarse el inmueble adquirido, que no es otro que el de vivienda, pero sin hacer ninguna otra discriminación al respecto.

2. ÁMBITO OBJETIVO

Conforme a lo dispuesto por la disposición adicional primera, el promotor debe garantizar «*la devolución de las cantidades entregadas*» por los adquirentes para la construcción de las viviendas. En consecuencia, hay que analizar dos aspectos: qué contenido han de tener las cantidades anticipadas a cuenta del precio por el adquirente de la vivienda y cómo se han de abonar; así como la finalidad a la que se debe destinar el dinero percibido por el promotor.

A) *Las cantidades anticipadas*

Bajo el título «*Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción*», se pretende garantizar al adquirente de una vivienda la devolu-

ción del dinero anticipado con este fin para cuando aquella «no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido». Por tanto, tales cantidades habrán de imputarse siempre al precio del inmueble acordado.

Nada se establece sobre cómo ha de realizarse la entrega de las cantidades a cuenta del precio de la vivienda por parte del adquirente, aspecto que sí precisaba la disposición adicional primera de la LOE antes de la reforma, ya que esta extendía la garantía prevista en la Ley 57/1968 a las cantidades entregadas «en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario», cuyo pago tenía que ser domiciliado en una cuenta especial. No obstante, ello no es óbice para admitir como medio de pago una transferencia bancaria o la entrega de unos efectos bancarios (por ej., un cheque o una letra de cambio)¹⁷. El número Dos de la disposición citada incluye estos medios de modo colateral cuando se refiere a la entrega de forma anticipada de «las cantidades o los efectos comerciales», al describir la adquisición del inmueble que justifica la suscripción de una póliza de seguro. Al fin y al cabo, todos ellos son instrumentos reconocidos como medios de pago a la luz de lo dispuesto por el artículo 1170 Código Civil. Aunque sí se debe precisar que la entrega de «pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, solo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado». Esto se traduce en la siguiente idea: hay que tener en cuenta si la letra es pagadera a la vista o si tiene fecha de vencimiento porque, si en el momento de ejecutar las garantías previstas en la LOE, aquel no se ha producido, se suscita la siguiente pregunta: ¿puede el promotor oponer como excepción que las letras entregadas por el adquirente no han vencido aún a fin de evitar la reclamación de cantidad por parte de este? CARRASCO ha considerado que ni el promotor ni el asegurador pueden oponer que los pagos no se hayan realizado todavía, y que por ello nada tengan que devolver¹⁸. Sin embargo, con esta postura se orilla la naturaleza documental que tiene la letra de cambio que se fundamenta en su consideración como medio de pago, y no como acto jurídico equivalente al pago en efectivo¹⁹. Hasta su vencimiento no opera todos sus efectos, salvo que las partes otorguen a este documento mercantil otro valor distinto a los efectos de las garantías que prevé el legislador en la disposición adicional primera de la LOE.

En cuanto a las consecuencias derivadas del descuento de las letras de cambio, como instrumento a utilizar por el promotor para obtener una liquidez o financiación necesaria con el objetivo de proceder con la construcción de la vivienda, mediante la anticipación del importe no vencido aún de la letra por parte de un Banco, a través de una operación de endoso o cesión de aquella a la entidad, se plantea si ello repercute sobre las cantidades sujetas a garantía, o no, en el marco de la LOE. Queda claro que el promotor tiene la obligación de depositar el dinero obtenido con el descuento bancario en la cuenta especial exigible. Siendo esto así, ¿qué régimen se debe aplicar en caso de incumplimien-

to? Para dar respuesta a esta pregunta, se han de tener en cuenta dos opciones: una aboga por sostener la naturaleza formalista de la letra de cambio prevista en la Ley Cambiaria y del Cheque; mientras que la otra se justifica en el carácter garantista establecido en la LOE²⁰. Si se opta por esta última postura, la excepción de incumplimiento contractual por falta de entrega de vivienda al adquirente de la misma, será oponible a la entidad bancaria ante la realización del efecto cambiario, ya que el importe de la letra de cambio tendrá que ser en todo caso destinado a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes en los términos previstos por la LOE. No obstante, esta posición no tiene en cuenta el carácter abstracto y autónomo de las letras cambiarias. La STS de 24 abril de 2014 aplica la Ley Cambiaria y del Cheque, y considera que *«el incumplimiento de esta obligación no afectará al banco descontante quien, si le han sido entregadas las letras para su descuento, tendrá derecho, en caso de impago, a dirigirse contra los obligados cambiarios al vencimiento de cada una de las letras, sin que pueda oponérsele las excepciones derivadas del incumplimiento de aquellas obligaciones del vendedor a quién descontó las letras»*²¹. Se considera al Banco descontante como mero tenedor de la letra de cambio que le ha entregado el promotor, y, por ello, se le aplica el régimen de excepciones oponibles al pago de la letra por parte de los obligados cambiarios. En consecuencia, en cuanto tenedor del efecto bancario, podrá dirigirse contra el adquirente de la vivienda al vencimiento de cada una de las letras de cambio que descontó, sin que este, como librado, pueda oponer las excepciones derivadas de la disposición adicional primera de la LOE.

Otra de las cuestiones a plantear se basa en determinar qué consideración han de tener aquellas cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales al promotor, ya que es cierto que la función, desde una perspectiva estricta del término, es la de actuar como medio de compensación por los daños sufridos en el caso de que una de las partes se arrepienta del contrato y lo quiera dejar sin efecto. Si este ocurriera en los términos planteados por el artículo 1454 del Código Civil, el promotor estaría obligado a restituir las cantidades anticipadas en concepto de arras penitenciales al adquirente de la vivienda. ¿Esto significa que la devolución de lo entregado en concepto de arras se ha de garantizar de acuerdo a lo establecido por la LOE? Si es así, ¿el promotor debe depositar la cantidad entregada en dicho concepto en la cuenta especial de una entidad de crédito?

La Ley 57/1968 no se pronunciaba de forma meridiana en cuanto a las cantidades entregadas en concepto de arras penitenciales. Tan solo expresaba que todas las cantidades anticipadas por los «cesionarios» al promotor «antes de iniciar la construcción o durante la misma», quedaban garantizadas. Sin embargo, el legislador sí precisaba que las cantidades podían ser percibidas por el promotor antes o durante la construcción. Con tales términos se podía incluir cualquier cantidad adelantada que se vinculara a la construcción de la vivienda,

aunque no con carácter intrínseco a ella; que es lo que sucede con el dinero recibido en concepto de arras penitenciales, puesto que su fin no es financiar aquella, sino garantizar el perfeccionamiento de un contrato. La propia STS de 25 de octubre de 2011 así lo destacó al afirmar que «no tiene importancia el concepto en que se cobren dichas sumas, aunque se les llame arras o señal».

A la luz de los términos empleados en la disposición adicional primera de la LOE, la conclusión difiere de la sostenida con respecto a la Ley 57/1968. Si la función de las arras penitenciales no es anticipar unos recursos pecuniarios para que el promotor pueda financiar la construcción de la vivienda adquirida, y la LOE exige este requisito, habrá que sostener la exclusión de estas cantidades de su ámbito de aplicación. Ahora bien, los efectos del derecho de desistimiento se extinguen una vez transcurrido el plazo fijado o, a falta de señalamiento del mismo, una vez ejecutado el contrato de adquisición de la vivienda en los términos acordados por las partes²². A partir de este momento, el criterio a aplicar debe cambiar. Lo entregado en concepto de arras modifica su naturaleza. Se produce una novación objetiva que permite imputar las cantidades recibidas al precio de adquisición de una vivienda en construcción, en cuyo caso se debe garantizar su destino y, en su caso, su restitución en los términos establecidos por el legislador.

Uno de los cambios sustanciales que se introduce en la nueva disposición adicional primera de la LOE afecta a las cantidades anticipadas por los socios de una cooperativa de viviendas con cargo a los proyectos de los promotores, antes de iniciar la edificación o durante la misma²³. Tras la reforma operada en la LOE, se debe garantizar solo el dinero percibido por el promotor «*desde la obtención de la licencia de edificación*». Esto no se traduce en prohibir que este pueda recibir cantidades con anterioridad a ese momento. Si esto sucediera, el adquirente podría ejercitar también la acción resolutoria oportuna, dejar sin efectos el contrato y solicitar la restitución de las cantidades anticipadas. Lo determinante es la ausencia de unas medidas de aseguramiento impuestas legalmente al promotor con el fin de garantizar su devolución y, por tanto, atenuar el riesgo de incumplimiento del contrato. No así que estas se puedan pactar entre las partes²⁴.

¿Se debe hacer extensivo lo dispuesto por el apartado a) del párrafo 1 del número Uno de la disposición adicional primera de la LOE a lo que dispone el apartado b), y aplicar idéntico requisito en cuanto al depósito obligado del dinero recibido en una cuenta especial de una entidad de crédito? Una interpretación estricta de los términos empleados en este último apartado conduce a la conclusión de que todas las cantidades percibidas por el promotor «*a través de entidades de crédito*», con el objetivo de dedicarlas a «*atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*», deben ser depositadas en una cuenta especial. Nada indica sobre el momento a partir del cual surge esta obligación legal. Por tanto, hay que analizar la naturaleza del pago realizado. Si su entrega tiene como

destino la construcción de la vivienda adquirida, aquella debería estar sujeta a lo dispuesto por la LOE, aunque hubiera sido realizado antes de la concesión de la licencia de edificación.

B) La adquisición de una vivienda

Que la intención del legislador es proteger a quien anticipa entregas de dinero a un promotor para «*la construcción de toda clase de viviendas, incluidas las que se realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*», queda claro a la luz de los términos que se emplean en la disposición adicional primera de la LOE. Ahora bien, no se precisa la finalidad que debe tener la vivienda adquirida, a diferencia de lo que sucedía en la derogada Ley 57/1968, donde esta debía ser la de domicilio o residencia familiar, bien con carácter permanente, bien de naturaleza temporal, accidental o circunstancial. Se vinculaba la exigencia de unas medidas aseguradoras al promotor con respecto a las cantidades adelantadas por los adquirentes, al propósito final perseguido con la adquisición de la vivienda. Sin embargo, actualmente la nueva redacción se centra en el objeto que se pretende adquirir —la vivienda—, y no en el destino al que se va a dedicar. ¿Qué consecuencias conlleva esta nueva postura legislativa?

El primer efecto es el que se deriva de una interpretación *a contrario* de lo dispuesto en la LOE: exclusión de todos aquellos bienes inmuebles que no son considerados vivienda. La devolución del dinero anticipado para la adquisición de garajes, trasteros o locales no está garantizada en los términos establecidos por la disposición adicional primera de la LOE, salvo que estos sean definidos como anejos inseparables de una vivienda, o que las partes pacten una medida de aseguramiento al respecto.

Asimismo, no se precisa que el adquirente deba dedicar la vivienda adquirida para su uso residencial, en cuyo caso se permite incluir todas aquellas adquisiciones fundamentadas en una inversión familiar. Basta con que el inmueble se califique como vivienda, y que su adquisición se produzca fuera del desarrollo de una actividad profesional o empresarial, para que el adquirente reclame las medidas de aseguramiento establecidas en relación con las cantidades anticipadas²⁵.

En cuanto a las viviendas de protección oficial, la Ley 57/1968 las excluía expresamente. Sin embargo, la disposición adicional primera de la LOE no prevé esta excepción. Por tanto, se aconseja incluir también este tipo de adquisiciones en su ámbito de aplicación²⁶. Ello, aunque no se pronuncie expresamente, como sí lo hace en relación con las viviendas que se «*realicen en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa*»; algo que ya preveía la propia disposición adicional primera de la LOE antes de la reforma, al extender la aplicación de la Ley 57/1968 a este tipo de viviendas. Si bien es cierto, que las

cantidades entregadas en régimen de cooperativa a veces tienen como destino la adquisición del terreno donde se va a proceder a realizar la correspondiente edificación. Estas aportaciones, que actúan como una fuente de financiación para quien actúa como promotor, no van a estar garantizadas en los términos previstos por la LOE: su finalidad no es la propia construcción directa de la vivienda; y el momento de su entrega es anterior al de la obtención de la licencia de edificación²⁷.

Finalmente, matizar que, aunque la disposición adicional primera de la LOE obliga a garantizar la devolución de las cantidades anticipadas a quienes «*promuevan la construcción de toda clase de viviendas*», esto no debe ser interpretado exclusivamente en unos términos en los que solo tengan cabida las edificaciones *ex novo*. Si se realiza una interpretación extensiva del término «construcción», cabría incluir en este concepto toda promoción dedicada a la reforma estructural de un edificio dedicado a un uso residencial por la novedad que estas obras pueden conllevar (por ej., modificando el número de viviendas asignadas a un edificio o su propia cabida). Sin embargo, no parece oportuno vincular las obras de mejora y mantenimiento de una vivienda o de un edificio al concepto de «edificación», razón por la que las cantidades anticipadas por tales motivos no estarían sujetas a lo dispuesto por la citada disposición adicional.

C) El delito de apropiación indebida y las sanciones administrativas

Queda claro que el destino de las cantidades anticipadas al promotor es la construcción de una vivienda. Esta es la razón por la que se puede imputar un delito de apropiación indebida al promotor que distrae tales cantidades a otros fines diversos²⁸. El artículo 252 del Código Penal dispone al respecto que «*Serán punibles (...) los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*». La STS (Sala Segunda) de 6 de marzo de 2014 ya precisó que quien recibe cantidades anticipadas queda constituido como un administrador, «cuya remuneración es la ganancia que puede obtener de la diferencia entre la cantidad recibida como precio y la empleada en la construcción».

El incumplimiento de las obligaciones legales de garantía y la falta de ingreso de los fondos recibidos en una cuenta especial se considera un indicio del delito de apropiación indebida, para evitar así reclamar a la víctima una prueba diabólica²⁹. En consecuencia, si el vendedor no dedica las cantidades anticipadas a la construcción de la vivienda, y tampoco garantiza la devolución del dinero recibido por el comprador, tal y como le exige la Ley, podría incurrir en un delito de la naturaleza descrita. La STS (Sala Segunda) de 12 de

febrero de 2016 hace hincapié en que se infiere claramente la necesidad «de establecer un patrimonio separado y garantizado con las cantidades recibidas» de la disposición adicional primera de la LOE. Es una norma imperativa con una clara repercusión penal si el promotor no cumple con la citada obligación y dispone ilícitamente de aquellas, «aunque sea una utilización temporal y con la intención de entregar la vivienda comprometida, comportamiento que inicia, pero no consume, el delito de apropiación indebida». En este sentido, es un delito que solo se perfecciona y, por tanto, daña el patrimonio del adquirente cuando «el resultado perjudicial se produce de modo irreversible». Esto es, cuando se establece «un punto sin retorno». La STS (Sala Segunda) de 23 de noviembre de 2017 ya advierte que no resulta suficiente con que el promotor incumpla con sus obligaciones legales expuestas anteriormente para tipificar el delito de apropiación indebida. Es necesario que además concurren otros elementos propios del mismo. «Es claro que el principio de culpabilidad que inspira todo nuestro sistema de justicia penal, impide/impediría todo automatismo punitivo sin la existencia del reproche de la acción al autor, es decir, de su culpabilidad». Por ello, si el promotor no cumple con sus obligaciones legales, y además no entrega la vivienda adquirida, ni restituye el dinero recibido para su construcción, ello sí generará un claro perjuicio al adquirente de la misma, comportamiento al que se podría aplicar el tipo penal de la apropiación indebida.

En definitiva, se permite al promotor disponer del dinero anticipado por el adquirente de la vivienda e ingresado en una cuenta especial de una entidad de crédito, siempre que lo dedique a su construcción porque las cantidades entregadas sirven como fuente de financiación. Ahora bien, lo que se trata de evitar es que quien adquiera una vivienda se convierta en un socio inversor del promotor, y que las cantidades adelantadas se utilicen como anticipo de un préstamo, sin interés ni garantía, con el ánimo de sufragar los gastos derivados de la obra, haciendo recaer los riesgos derivados de su ejecución en el propio adquirente de la vivienda. De ahí que los fondos recibidos por el promotor tengan que separarse de aquellos otros que forman parte de su patrimonio particular o del perteneciente a otras promociones. Sin embargo, es cierto que el incumplimiento de las obligaciones dispuestas por la LOE sobre esta materia conlleva, en principio, una serie de sanciones administrativas; que solo podrá constituirse como delito de apropiación indebida cuando el adquirente no pueda recuperar su dinero, ni tampoco recibir la vivienda. Asimismo, la STS (Sala Segunda) de 23 de mayo de 2017 consideró que podría apreciarse delito de estafa solo cuando existieran elementos que lo justificaran; entre ellos un engaño determinante del acto dispositivo³⁰. Por esta razón, la STS (Sala Segunda) de 5 de junio de 2017 mantiene que lo importante es que el promotor haya dedicado las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda a una finalidad distinta de la construcción, con independencia de cuál sea esta. Pero, su conducta solo será constitutiva de delito de apropiación indebida cuando cumpla los criterios

necesarios para ello. No basta con que el promotor utilice el dinero recibido para una finalidad distinta de la construcción. La STS de 25 de enero de 2018 aprecia que, aunque el promotor no cumpla con sus obligaciones legales de apertura de una cuenta especial y de dedicación del dinero recibido a la construcción de la vivienda, confundiéndolo con otros patrimonios de otras promociones, si devuelve lo recibido o «acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida —aunque no esté acabada—, podrá existir una responsabilidad administrativa», pero no se le podrá imputar un delito de apropiación indebida.

En la STS (Sala Segunda), de 18 de enero de 2018 se valora si cabe imputar un delito de apropiación indebida al promotor que, una vez terminada la obra, no accede a otorgar escritura pública porque ello implicaba cancelar la hipoteca con el dinero percibido. Decide destinarlo a otras finalidades distintas de la empresa y solicita, después, el concurso de acreedores voluntario al no disponer de liquidez suficiente para proceder a la cancelación de la hipoteca correspondiente. El Alto Tribunal considera que concurre el tipo penal de apropiación indebida porque el comportamiento de aquel imposibilitó la entrega de la vivienda y la devolución del dinero recibido, aspecto que fundamentó el elemento objetivo, junto al dolo del promotor, que constituyó el elemento subjetivo. Consume una «distracción» porque no se acredita la posibilidad de retornar para cumplir aquella obligación de extinguir el gravamen y otorgar coetáneamente la escritura pública de venta. Es una conducta ilícita que impide devolver lo percibido para la construcción de modo definitivo, y no con carácter temporal; ello, aunque no quede acreditada la incorporación del dinero recibido a su patrimonio, sino tan solo su distracción al aplicarlo a unos fines distintos de los legitimados en el título. De acuerdo a lo previsto por el artículo 253 del Código Penal, el Tribunal Supremo entiende que existe apropiación indebida cuando se dispone de las cantidades recibidas con carácter definitivo en perjuicio de su titular, no así cuando se usan de modo abusivo si ello no implica una pérdida de las mismas, en cuyo caso tan solo se le debe imputar un acto de administración desleal.

3. LAS GARANTÍAS

A) *Obligación esencial y consecuencias*

La disposición adicional primera de la LOE exige al promotor garantizar, *«desde la obtención de la licencia de edificación, la devolución de las cantidades entregadas más los intereses legales, mediante contrato de seguro de caución suscrito con entidades aseguradoras debidamente autorizadas para operar en España, o mediante aval solidario emitido por entidades de crédito debidamente autorizadas, para el caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido para la entrega de la vivienda»*³¹. El incumplimiento

de los plazos acordados para el inicio de la construcción o para la entrega de la vivienda en las condiciones pactadas, o la falta de la cédula de habitabilidad o documento equivalente determinantes de que la vivienda no ha llegado «a *buen fin*», se constituyen en los hechos que se van a calificar como siniestros, cuya presencia desencadenará los efectos de la póliza o del aval.

Conforme a la jurisprudencia, la obligación de garantizar las cantidades anticipadas que se impone al promotor, se define como esencial, y no como accesorio³². Son medidas de aseguramiento que el promotor debe aportar en un contexto de reciprocidad. En consecuencia, el adquirente de la vivienda podrá exigir la constitución de las garantías o resolver el contrato si el promotor no cumpliera con esta obligación; una opción que ya expresó el Alto Tribunal, en la sentencia de 2 de febrero de 2017, en relación con lo dispuesto por la derogada Ley 57/1968. Aplicó el artículo 1124 del Código Civil, y destacó que el vendedor no puede resolver el contrato si, «en aquella tesitura de omisión de garantías, es el comprador quien no atiende a los pagos parciales a cuenta del precio»³³. La STS de 15 de noviembre de 2017 se pronunció en el mismo sentido al considerar que cuando la obra se encuentra en fase de proyecto o en construcción, «el aval opera como una propia obligación bilateral, de forma que el futuro adquirente puede tanto oponer una excepción a la entrega de la cantidad anticipada», si el aval no se otorga, «como proceder a la resolución del contrato», si una vez anticipada una cantidad a cuenta del precio de la vivienda por el adquirente, el promotor «se niega a otorgar el preceptivo aval». Esta obligación subsistirá mientras tenga «sentido la constitución o continuidad de la garantía»³⁴. La causa que justifica cualquiera de las garantías decaerá cuando la vivienda se entregue al adquirente, momento a partir del cual lo que se valorará es el cumplimiento de lo pactado en el contrato³⁵.

La redacción actual de la disposición adicional primera de la LOE mantiene la misma postura que la Ley 57/1968, y admite que el promotor sea quien decida qué garantía constituir a fin de cumplir con la obligación legal de aseguramiento que se le exige: seguro de caución o aval bancario.

B) El seguro de caución

El artículo 1 de la Ley de Contrato de Seguro establece que, mediante el contrato de seguro, el asegurador se obliga a indemnizar «*el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*», a cambio del cobro de una prima, «*y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados*». De una manera más concreta, el artículo 68 de la citada Ley se refiere al seguro de caución que sirve para que el asegurador, «*en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales*», indemnice

al asegurado a título de resarcimiento o penalidad por los daños patrimoniales sufridos, dentro de los límites establecidos por la Ley o el contrato. *«Todo pago hecho por el asegurador deberá ser reembolsado por el tomador del seguro»*. A este tipo de aseguramiento se refiere la disposición adicional primera de la LOE, que es el habitual en el ámbito de la construcción, ya que permite al adquirente, una vez solicitada la resolución del contrato de compraventa, reclamar la devolución de las cantidades anticipadas al garante. Sin embargo, pese a que el legislador se refiere al seguro de caución, resulta discutible vislumbrar el daño en que se fundamenta la indemnización una vez producido el siniestro. Su finalidad se aproxima más bien al afianzamiento que al ámbito de los seguros, ya que la aseguradora actúa como garante del cumplimiento de una obligación dineraria atribuible al tomador del seguro, que es el promotor, frente al adquirente de la vivienda, que es el asegurado.

El legislador enumera las condiciones que debe cumplir el seguro de caución a fin de que este desempeñe la función de garantía que se le exige al promotor. De ellas cabe destacar la novedad que implica compelerle a suscribir *«una póliza de seguro individual por cada adquirente»*. Se abandona el sistema de doble póliza sostenido por la derogada Ley 57/1968 con el fin de evitar aquellas situaciones en las que existía una póliza colectiva, pero no así una póliza individual que se ajustara a las condiciones concretas de adquisición de una vivienda. Aunque la jurisprudencia ha mantenido la protección absoluta del adquirente en cuanto a las cantidades anticipadas con base en la póliza global ante la ausencia de la individual, se ha optado por imponer al promotor la obligación de suscribir una póliza individual que incluya *«la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato»* más el interés legal del dinero computable *«desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor»*, a lo que habría que añadir los impuestos aplicables al caso³⁶. Por consiguiente, el promotor, que es quien actúa como tomador de seguro, pagará la prima que le corresponda *«hasta la elevación a escritura pública»* del contrato de adquisición celebrado, que será actualizada conforme el adquirente vaya aportando las cantidades pactadas, a modo de novación objetiva del seguro, finalidad pretendida con esta reforma. Aunque ahora la cuestión que se plantea con la eliminación de la póliza colectiva es la derivada del incumplimiento por parte del promotor de la obligación de ir actualizando las primas en función del incremento de las cantidades entregadas³⁷. Los términos en los que se expresa la LOE libera a la compañía aseguradora de toda responsabilidad, y parece trasladarla a las entidades de crédito, en cuanto sujetos obligados a exigir al promotor las garantías oportunas sobre las cantidades depositadas en sus cuentas especiales.

Al asegurar que el comienzo de la obra y la entrega de la vivienda se va a realizar en el plazo acordado, el seguro de caución se debe adaptar a este periodo. Por ello, la prórroga acordada entre el promotor y el asegurado no

vinculará al asegurador si este no expresa su consentimiento; ello conforme a la aplicación analógica del artículo 1851 del Código Civil.

C) *El aval bancario*

Las compañías aseguradoras han utilizado el seguro de caución de modo habitual en el ámbito de la construcción. Sin embargo, la disposición adicional primera de la LOE no se refiere exclusivamente a este instrumento jurídico como medio para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por los adquirentes de una vivienda. El aval solidario cumple la misma función y, por ello, se mantiene su presencia conforme a la línea continuista marcada por el legislador con respecto a lo dispuesto por la Ley 57/1968³⁸. En este caso son las entidades bancarias las que actúan como avalistas del promotor, quien será avalado en beneficio del adquirente de la vivienda; solo en cuanto a las cantidades entregadas por este último, aunque el aval garantice una cuantía mayor. En este sentido, las aportaciones aplazadas y, por tanto, no entregadas por el adquirente, no quedarán incluidas.

No obstante, se podría formular una cuestión relativa a la naturaleza del aval que la LOE exige al promotor; ello, a fin de determinar si esta garantía se constituye a primer requerimiento o primera demanda. Si esto fuera así, el Banco, en cuanto garante que es, se obligaría frente al beneficiario de la garantía, que es el adquirente de la vivienda, a pagar una cantidad de dinero desde el momento en que este le notificara el incumplimiento del contrato por parte del ordenante de la garantía, que es el promotor, sin necesidad de acreditar este hecho. La autonomía de este tipo de garantías frente al contrato subyacente ha sido mantenida por el Tribunal Supremo, lo que se ha traducido en la aplicación de unas características distintas de las previstas para la fianza. Por ello, el aval a primera demanda ni tiene carácter subsidiario, ni su naturaleza es accesorio. Su ejecución se desvincula del devenir de la obligación que garantiza, y por tanto solo se puede oponer la *exceptio doli* si la reclamación es contraria a la buena fe. Si no lo es, este tipo de garantías bancarias permitiría al adquirente de la vivienda reclamar la devolución de las cantidades anticipadas sin necesidad de acreditar el incumplimiento del contrato por el promotor.

La disposición adicional primera de la LOE compele al promotor a la constitución de un aval solidario, que no comparte idénticos caracteres a aquellos que se atribuyen al aval de primera demanda o requerimiento. El aval al que se refiere la LOE se asocia al concepto de fianza. Razón: se plantea con un carácter accesorio y subsidiario. La voluntad legislativa no parece ser la de imponer una garantía independiente, ya que su ejecución se hace depender de un evento: que la construcción de la vivienda no se inicie o «no llegue a buen fin en el plazo convenido»; un suceso que justificaría la resolución del contrato de

compraventa y la devolución de las cantidades anticipadas³⁹. El aval se vincula al incumplimiento del contrato que garantiza y a las prestaciones restitutorias que debe realizar el promotor como consecuencia de ello. Por consiguiente, va a depender siempre de que concurran las circunstancias que afectan a la obligación que garantiza. Es necesario acreditar el incumplimiento por parte del promotor ya que la garantía bancaria no opera de modo autónomo en este sentido⁴⁰. Solo se ejecutará cuando «*la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido*», y se haya requerido al promotor la restitución de las cantidades entregadas a cuenta. Para que el adquirente pueda reclamar al Banco la devolución de las cantidades anticipadas sin solicitar la resolución del contrato con el promotor, se deberá incluir en el aval la cláusula de primer requerimiento.

En cuanto a la noción de subsidiariedad cabría plantearla como un término antitético al de la solidaridad exigible al aval que debe ofrecer el promotor, pero no como una característica ausente en un aval de primer requerimiento. Incluso, se podría sostener una cierta compatibilidad entre los términos subsidiariedad y solidaridad en el aval si consideramos que su ejecución depende siempre del incumplimiento de la obligación que corresponde al promotor: la restitución de las cantidades anticipadas. Esta postura serviría para justificar lo dispuesto por el número Dos 2 b) *in fine*: «*el beneficiario podrá reclamar directamente al avalista cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor*».

En definitiva, el aval que exige la LOE no es de primer requerimiento o demanda porque, si así fuera, se estaría incrementando el riesgo a garantizar por las entidades de crédito, frente a la figura utilizada por las aseguradoras. El seguro de caución no es a primer requerimiento, y permite a la compañía aseguradora oponer al asegurado excepciones distintas de las que se derivan de la propia garantía. No basta la mera reclamación para conseguir el abono de las cantidades solicitadas, salvo que se incorpore una cláusula de esta naturaleza en el propio seguro, lo que otorgaría a este contrato una autonomía suficiente con una clara repercusión en su eficacia, ya que esta se desarrollaría tras la solicitud de abono del asegurado⁴¹.

El aval se emite y se mantiene en vigor por la entidad de crédito, «*por la cuantía total de las cantidades anticipadas en el contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente, incluidos los impuestos aplicables, incrementada en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*»⁴². Por tanto, el contenido de la garantía es el mismo que el previsto con respecto al seguro de caución.

Si se produce una novación en cuanto al sujeto avalado, ¿se mantiene la continuidad del aval? La STJ de Navarra (Sala de lo Civil y Penal, sección 1.^a) de 29 de febrero de 2012, se refiere a este asunto: la promotora originaria cambia por otra cuando la primera entra en concurso de acreedores. Al respecto, ningún

comprador aceptaría la subrogación de un nuevo promotor si ello conllevara la pérdida del aval prestado por las cantidades entregadas. Pero esto no impide exigir que se comunique al avalista, y que este tenga que dar su consentimiento al cambio de promotor para justificar la subsistencia del aval⁴³.

D) El derecho del consumidor a ser informado a través de la forma del contrato

El número Seis de la disposición adicional primera de la LOE establece que la publicidad sobre una promoción de viviendas, «*con percepción de cantidades a cuenta con anterioridad a la iniciación de las obras o durante el periodo de construcción*», obliga al promotor a «*hacer constar*» que la edificación se ajustará al cumplimiento de los requisitos exigidos por la LOE, «*haciendo mención expresa de la entidad aseguradora o avalista garante, así como de la entidad de crédito en la que figura abierta la cuenta especial en la que habrán de ingresarse las cantidades anticipadas*»⁴⁴. Se trata de una medida vinculante, ya que lo incluido en un folleto publicitario va a formar parte del contenido obligacional del contrato de adquisición de una vivienda. En el caso de que las cláusulas pactadas de modo particular difieran de lo establecido en aquel, el adquirente se beneficiará siempre de aquellas condiciones que le resulten más favorables. Se trata de aplicar los criterios previstos en los artículos 1283 y 1288 Código Civil para interpretar los contratos. De ellos se colige que el contrato de adquisición de la vivienda no debe comprender aspectos distintos de aquellos que «*los interesados se propusieron contratar*»; ni tampoco incorporar cláusulas complejas con el ánimo de modificar lo incorporado a través de la publicidad sobre la promoción. La oscuridad no va a favorecer al promotor, si es él quien la ha ocasionado. Abunda en esta idea el artículo 61 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual «*El contenido de la oferta, promoción o publicidad (...), las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido*». Añade lo siguiente: «*si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad*».

Tema distinto es el que se deduce de lo dispuesto por el número Tres de la citada disposición adicional de la LOE: «*En los contratos para la adquisición de viviendas en que se pacte la entrega al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, de cantidades anticipadas deberá hacerse constar expresamente: a) Que el promotor se obliga a la devolución al adquirente de las cantidades percibidas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, más los intereses legales en caso de que la construcción*

no se inicie o termine en los plazos convenidos que se determinen en el contrato, o no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculden para la ocupación de la vivienda. b) Referencia al contrato de seguro o aval bancario a los que hace referencia el apartado uno.1.a) de esta disposición, con indicación de la denominación de la entidad aseguradora o de la entidad avalista. c) Designación de la entidad de crédito y de la cuenta a través de la cual se ha de hacer entrega por el adquirente de las cantidades que se hubiese comprometido anticipar como consecuencia del contrato celebrado». El legislador aborda el derecho del consumidor a ser informado a través de la forma del contrato. Obliga al promotor a incluir «*expresamente*» una serie de menciones obligatorias en el mismo. En consecuencia, ¿ha de atribuirse una naturaleza formal a este contrato de adquisición de vivienda?

Aunque la práctica habitual muestra que los contratos de adquisición de viviendas se realizan por escrito, el principio de libertad de forma está presente. La función del documento en el que se refleja un contrato de esta naturaleza no es la de actuar como un elemento esencial del mismo. Sin embargo, si la voluntad del legislador es procurar que el adquirente disponga de una información sustancial en el momento de la contratación, debería recurrir a una forma expresa como vehículo transmisor de aquella; entendiéndolo el término «*expresamente*» como forma escrita. Ahora bien, hay que matizar esta afirmación. Razón: esto no debe traducirse en que todo contrato de adquisición de vivienda sea formal. Solo se refiere a aquellos en los que el adquirente anticipa cantidades a cuenta del precio al promotor. Más aún: lo que debe constar por escrito es solo la información relativa a la obligación que tiene el promotor de restituir las cantidades entregadas, así como las garantías previstas para este fin. Por ello, el segundo párrafo del número Tres de la disposición adicional primera de la LOE dispone que «*En el momento del otorgamiento del contrato de compraventa, el promotor (...) hará entrega al adquirente del documento que acredite la garantía, referida e individualizada a las cantidades que han de ser anticipadas a cuenta del precio*»⁴⁵.

¿Qué consecuencias conlleva que el promotor no informe al adquirente de la vivienda en los términos previstos anteriormente? Para dar respuesta a esta pregunta hay que remitirse a lo dispuesto por el número Siete de la citada disposición adicional, conforme al cual «*El incumplimiento de las obligaciones impuestas en esta disposición constituye infracción en materia de consumo, aplicándose lo dispuesto en el régimen sancionador general sobre protección de los consumidores y usuarios previsto en la legislación general y en la normativa autonómica correspondiente, sin perjuicio de las competencias atribuidas por la normativa vigente a la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*». No se establece la posibilidad de anular el contrato por defecto de forma. Sin embargo, resultaría apropiado emplear este recurso en términos semejantes a

los previstos por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para otro tipo de contratos en donde la forma actúa también con vocación informativa⁴⁶.

E) El incumplimiento del promotor

Bajo el número Cuatro de la disposición adicional primera, la LOE establece que «*Si la construcción no hubiera llegado a iniciarse o la vivienda no hubiera sido entregada, el adquirente podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incluidos los impuestos aplicables, incrementadas en los intereses legales, o conceder al promotor prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*». De ello se deduce que si el promotor incumple el contrato en relación con el plazo de entrega de la vivienda acordado, el adquirente podrá optar entre dos situaciones: la rescisión del contrato o la prórroga del mismo⁴⁷.

a) ¿Rescisión o resolución del contrato?

El promotor debe restituir las cantidades anticipadas a cuenta del precio de adquisición de una vivienda en construcción si el adquirente solicita la rescisión del contrato por incumplimiento. El legislador se refiere a la rescisión, pese a estar abordando una cuestión relativa al incumplimiento del contrato, por lo que resultaría más apropiado hablar de resolución, aunque ambas figuras jurídicas estén dirigidas a dejar sin efectos un contrato válidamente celebrado. Es cierto que los efectos de la rescisión son los de restitución de las prestaciones ejecutadas, pero no hay que olvidar que esta actúa sobre un contrato que adolece de un defecto existente *ab initio*, siendo esta la causa que va a justificar su ineficacia⁴⁸. Sin embargo, la resolución se basa en una causa sobrevenida como es el incumplimiento; siendo esta la situación que prevé el legislador. El adquirente de la vivienda reclama la resolución del contrato de adquisición de la vivienda porque el promotor no cumple con el término pactado como esencial en cuanto a la entrega de esta última. Se trata de una acción que se infiere claramente de lo ya previsto por el artículo 1124 del Código Civil; y solo para el caso en que el contrato se resuelva. O de una acción en la que el término resulta esencial para fundamentar el incumplimiento resolutorio del contrato. En consecuencia, la razón por la que se prevé expresamente esta situación no es tanto para atribuir un medio de defensa al adquirente ante el incumplimiento del promotor, como para garantizar los resultados derivados del ejercicio de la acción resolutoria:

la devolución de las aportaciones adelantadas por el adquirente de la vivienda, más los intereses legales e impuestos aplicables⁴⁹.

Que se requiera la resolución de contrato como paso previo a la ejecución de cualquiera de las garantías previstas por la LOE parece quedar claro a la luz de lo previsto en el apartado h) del apartado 1 y apartado b) del apartado 2, ambos del número Dos, conforme a los cuales *«En caso de que la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido»*, el asegurado o el beneficiario, *«siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor para la devolución de las cantidades aportadas a cuenta (...), y este en el plazo de treinta días no haya procedido a su devolución»*, podrá reclamar al asegurador o exigir al avalista, el abono de la indemnización o cantidades que correspondan. Tanto si existe un seguro de caución, como si se ha recurrido a la figura del aval solidario, la restitución de las cantidades adelantadas por parte del promotor debe obedecer a una causa: la resolución del contrato por incumplimiento de los plazos acordados con respecto a la entrega de la vivienda. Abunda en esta idea lo previsto por el párrafo c) del apartado 2 del número Dos de la citada disposición adicional al considerar que el aval caduca si, *«Transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada»*, el adquirente no ha solicitado *«la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas»*. Que el asegurado o el beneficiario pueda *«reclamar directamente»* al asegurador o avalista, respectivamente, *«cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor»*, no justifica una postura contraria a la mantenida. Razón: en ambos casos, lo que se pretende es asegurar la restitución de la prestación realizada por el adquirente de una vivienda ante el incumplimiento del contrato por parte del promotor, en cuyo caso, como paso previo, habrá que solicitar la resolución del contrato, con independencia de que este se haya extinguido y/o subrogado otro deudor en su posición. Es precisamente este escollo el que se trata de orillar con esta fórmula, que afecta al sujeto obligado a devolver las cantidades anticipadas, pero no a la causa que ha de fundamentar esta obligación: la ineficacia del contrato por una causa sobrevenida como es que *«la construcción no se inicie o no llegue a buen fin en el plazo convenido»*, y que es el hecho que se va a definir como siniestro en el contrato de seguro, y como causa en la que fundamentar la ejecución del aval.

Tanto el seguro de caución como el aval solidario amparan una situación basada en el incumplimiento de los plazos por parte del promotor; fecha que deberá tener en cuenta el momento de la obtención de la licencia de obra, ya que, sin ella no se podrá iniciar la edificación. Que no se inicie la construcción o esta no llegue *«a buen fin»* es equivalente al incumplimiento definitivo que ha de justificar la resolución del contrato solicitada. La esencialidad del término inicial queda claro, pese a que el número Cuatro de la citada disposición adicional permite al adquirente optar entre rescindir el contrato *«o conceder al*

promotor prórroga, que se hará constar en un cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda». Y es que más que una prórroga del contrato lo que se produce es una novación objetiva del mismo que afecta a los plazos de inicio y/o fin de la construcción de la vivienda.

Si el término es esencial, ¿el retraso o la demora imputable al promotor podría actuar como causa de resolución del contrato? La STS de 20 de enero de 2015 así lo admitió con base en lo previsto por la Ley 57/1968; una postura que se podría sostener actualmente puesto que el incumplimiento del contrato se plantea cuando no se produce la entrega de la vivienda o la construcción no llega «a buen fin» en el plazo acordado. Si esto fuera así, no cabría hablar de un promotor moroso; solo de un incumplimiento definitivo. La llegada del plazo acordado sería causa determinante de la ineficacia del contrato de modo automático. Sin embargo, si el adquirente no solicitara la resolución del contrato ante el vencimiento de la fecha acordada, estaría renunciando a su derecho al plazo otorgado y a su naturaleza esencial, si el promotor aún puede entregar la vivienda y satisfacer con ella el interés del acreedor, en cuyo caso ¿aquel podría ser considerado como moroso si reuniera las condiciones que califican este estado? Entiendo que sí.

El legislador no solo aborda el incumplimiento definitivo —situación que se produce cuando no se inicia la construcción en el plazo pactado—, sino también el cumplimiento defectuoso del contrato al considerar que la construcción debe llegar «a buen fin en el plazo convenido». ¿Cabría pensar que tienen acogida situaciones basadas en los defectos de construcción de la vivienda, que por resultar sustanciales, pueden derivar en una resolución del contrato y, por tanto, en la restitución de las cantidades anticipadas por el adquirente de aquel? Conforme a una interpretación finalista, se debería optar por una respuesta negativa a esta cuestión. Una vivienda llegará «a buen fin» cuando se expida la cédula de habitabilidad o documento equivalente que permita su ocupación por parte del adquirente⁵⁰. Su ausencia será causa de incumplimiento del contrato ya que no se producirá la entrega de la vivienda en los términos previstos por el artículo 1462 del Código Civil: poner «en poder y posesión del comprador» el bien adquirido.

El objetivo del seguro de caución o del aval solidario no es garantizar el cumplimiento de las obligaciones vinculadas a la ejecución de la prestación, aspecto que habría que ponderar en función de lo pactado (por ej., analizar las calidades empleadas en la construcción). Su finalidad es otra: asegurar la restitución de las cantidades anticipadas por motivos vinculados a la falta de ejecución del contrato por vencimiento del plazo establecido, ya sea porque no se ha producido ningún acto positivo de entrega, ya sea porque la entrega pretendida no libera al promotor al no concurrir los requisitos sustanciales que permiten extinguir su obligación⁵¹. Y esto puede suceder cuando el interés del

adquirente de la vivienda no se ve satisfecho porque no puede usar y disfrutar de la vivienda en el caso de que el promotor no obtenga la licencia de primera ocupación. Ahora bien, al respecto, la STS de 9 de octubre de 2013 precisa lo siguiente: «la falta de licencia no resulta impedimento para el uso del inmueble (habitabilidad) y el acceso a sus suministros». No siempre la legislación autonómica atribuye carácter esencial a esta licencia. Siendo esto así, se admite la formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de edificación con el correspondiente certificado final de obras⁵². La propia jurisprudencia atribuye un carácter accesorio a la obligación de obtener la licencia de ocupación, y no una naturaleza esencial, salvo que se haya pactado expresamente lo contrario. Sin embargo, si su falta impide el uso de la vivienda, no se habrá producido la entrega y, por tanto, tampoco la incorporación del inmueble al patrimonio del adquirente «a efectos urbanísticos». ¿Cómo repercute la situación descrita en el adquirente de la vivienda?

Si la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o documento similar no se expide por causas imputables a la Administración (por ej., retrasos en su expedición), habrá incumplimiento del término esencial pactado en el contrato, pero el promotor no será responsable del mismo⁵³. Solo lo será cuando no se conceda la licencia por no reunir las condiciones fijadas por la normativa urbanística oportuna. Entonces, ¿puede el adquirente de la vivienda solicitar la resolución del contrato por incumplimiento y ejecutar las medidas de aseguramiento para recuperar las cantidades anticipadas en el primer supuesto? Para dar una respuesta adecuada a esta pregunta habría que preguntarse por el contenido de la acción de resolución por incumplimiento. Si su ejercicio requiere un incumplimiento imputable al promotor, o basta con que concurra la falta de cumplimiento. Conforme a lo previsto por el artículo 1105 del Código Civil, no parece admisible el caso fortuito o la fuerza mayor como contingencia a tener presente, salvo que se haya pactado lo contrario o la ley lo tenga en cuenta. Por consiguiente, el adquirente podrá resolver el contrato e intentar recuperar las aportaciones realizadas solo si existe un incumplimiento imputable al promotor.

¿Cabría incluir el concurso de acreedores de la promotora como siniestro en un contrato de seguro o como hecho que fundamenta la ejecución del aval? No; no podrá ejecutarse directamente como si se tratara de un incumplimiento de la promotora. Habrá que instar la resolución por incumplimiento del contrato durante el procedimiento concursal para poder dirigirse, después, contra la aseguradora o la entidad bancaria. Una vez declarado el concurso, la resolución del contrato se ha de solicitar siempre por vía judicial, por los trámites del incidente concursal, sin que quepa resolución extrajudicial, lo que significa que no se puede acudir directamente contra la entidad garante si existe una declaración de concurso previa (art. 62.1. Ley Concursal)⁵⁴. Solo si antes de la declaración de concurso, el comprador hubiese requerido notarialmente o manera indubitada al promotor su voluntad de resolver, podrá dirigirse contra el garante

directamente para solicitar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta⁵⁵. Una vez restituidas las cantidades oportunas al adquirente de la vivienda, el garante tendrá una acción de reembolso contra la promotora, y la naturaleza de su crédito dependerá de si la resolución del contrato por incumplimiento se ha producido antes o después de la declaración de concurso de acreedores⁵⁶.

b) La ejecución de las garantías

Según lo previsto por los apartados h) y b) de los párrafos 1 y 2 del número Dos de la disposición adicional primera de la LOE, si la construcción no se inicia o no llega a buen fin, el adquirente de la vivienda podrá reclamar al asegurador o al avalista la restitución de las cantidades anticipadas a cuenta; «*siempre que haya requerido de manera fehaciente al promotor*» para su devolución y este, «*en el plazo de treinta días*» no haya cumplido con lo que le corresponde. Una de las novedades que aporta el legislador es la desaparición del carácter ejecutivo del aval o del contrato de seguro que el artículo 3 de la Ley 57/1968 establecía. De acuerdo con ello, ¿cómo debemos interpretar estos nuevos términos?⁵⁷.

Aunque no es requisito imprescindible el requerimiento notarial al promotor porque el legislador no se expresa en este sentido, sí es cierto que la reclamación debe resultar clara y manifiesta⁵⁸. Se colige también que el adquirente de la vivienda no puede dirigirse directamente contra la aseguradora o el avalista si antes no ha reclamado al promotor la devolución de las cantidades anticipadas como sujeto obligado que es. Solo puede «*reclamar directamente el asegurador [o al avalista] cuando no resulte posible la reclamación previa al promotor*»; y esto puede suceder cuando la promotora se ha extinguido. Se infiere pues la previa resolución del contrato ya que la obligación restitutoria de las aportaciones adelantadas surge como efecto de aquella⁵⁹. Esta idea encaja con una medida de aseguramiento como es el seguro de caución, pero ¿cómo se conjuga esto con la naturaleza solidaria del aval? El promotor es el obligado a restituir las cantidades anticipadas tras la resolución del contrato por incumplimiento, siendo sus efectos restitutorios los que van a justificar la responsabilidad atribuida tanto al avalista como a la aseguradora. No estamos ante unas garantías a primer requerimiento por lo que no basta la mera reclamación del adquirente de la vivienda.

Ni el seguro de caución, ni el aval, garantiza la entrega de la vivienda. Tampoco que esta cumpla con las condiciones objetivas pactadas. Para ello, la LOE prevé otras medidas de aseguramiento aplicables a los diferentes agentes que intervienen en la edificación. En cambio, sí corresponde al asegurador o al avalista cumplir con una prestación pecuniaria que se fundamenta en una resolución del contrato que obliga al promotor a restituir las cantidades anticipadas

a cuenta del precio de una vivienda que no ha entregado, incrementadas «*en el interés legal del dinero desde la entrega efectiva del anticipo hasta la fecha prevista de la entrega de la vivienda por el promotor*».

Ante la reclamación del adquirente de la vivienda a la entidad aseguradora, esta no podrá oponerle, como asegurado que es, las excepciones que puedan corresponderle contra el tomador del seguro. ¿Se refiere solo a aquellas excepciones que tienen una naturaleza personal o incluye también a las de carácter real? Si esta disposición fuera un reflejo de lo previsto por el artículo 1853 del Código Civil en materia de fianza, la aseguradora podría oponer aquellas «*excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor*». Siendo esto así, todos los hechos relativos a la extinción de la obligación que se garantiza, así como aquellos otros que puedan afectar a su propia existencia (por ej. la nulidad del contrato) son excepciones oponibles. También lo será una reclamación a la aseguradora sin haber exigido «*fehaciente*» al promotor su devolución o, incluso, habiendo hecho el correspondiente requerimiento, cuando este fuera extemporáneo por no respetar «*el plazo de treinta días*» fijado por la LOE para que el promotor restituya las cantidades anticipadas⁶⁰. El motivo no es otro que considerar la resolución del contrato como requisito necesario para justificar la reclamación a la aseguradora. Sin embargo, todas las excepciones que repercutan sobre la persona del tomador del seguro no serán oponibles⁶¹. Son hechos derivados de la relación entre la aseguradora y el tomador de seguro. Por ello, el legislador excluye expresamente la falta de pago de la prima por parte del promotor como excepción oponible. El propio legislador indica que es el promotor quien está obligado al pago de la prima «*por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente*»; un seguro concertado a favor de un tercero que es el adquirente de la vivienda. Puesto que los efectos de este seguro de caución se deben mantener hasta que se produzca la entrega de aquella en los plazos acordados, la entidad aseguradora ha de ser la encargada de velar por la actualización del contrato de seguro durante su vigencia. El impago de la prima por culpa del tomador del seguro permite a la aseguradora resolver el contrato o exigir el pago por vía ejecutiva con base en lo dispuesto en la póliza. Para este fin se dispone que el asegurador «*podrá comprobar (...) los documentos y datos del promotor-tomador que guarden relación con las obligaciones contraídas frente a los asegurados*». Que no se utilice una terminología imperativa no significa que la entidad aseguradora no deba asumir esta obligación, ya que se le imputa una culpa *in vigilando* en la medida en que se limitan las excepciones que puede oponer ante la reclamación del asegurado.

Solo cuando el promotor no cumple con su obligación restitutoria «*en el plazo de treinta días*», a computar desde que la fecha del requerimiento «*fehac-*

ciente» al promotor, se faculta al adquirente para dirigirse contra la aseguradora o el avalista, quien deberá indemnizar al asegurado o abonar las cantidades entregadas a cuenta, en su caso. Aunque el aval emitido por una entidad bancaria como garantía se constituye con carácter solidario, esto no es óbice para fundamentar este requisito, ya que este hecho es el que justifica el nacimiento de su obligación como avalista. Por ello, cuando se establece un plazo de caducidad de dos años para el aval, se dispone que comience «a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas»⁶². Es necesario que, tras el vencimiento del término acordado, el adquirente de la vivienda solicite la resolución del contrato, cuyos efectos restitutorios recaerán sobre el promotor, y fundamentarán la reclamación al avalista.

¿Qué debe abonar la entidad aseguradora o el avalista? Todas las cantidades anticipadas que acredite el adquirente que fueron aportadas para la construcción de la vivienda. No serán indemnizables aquellas que no cumplan esta condición, «aunque se hayan incluido en la suma asegurada del contrato de seguro, por haberse pactado su entrega aplazada en el contrato de cesión».

Si la reclamación se dirige contra la aseguradora, esta deberá cumplir con la prestación que le corresponde en los plazos previstos en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro; transcurridos los cuales aquella incurrirá en mora devengándose el oportuno interés, tal y como ha confirmado el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de febrero de 2017. Respecto del avalista no existe una norma paralela, en cuyo caso se le aplicarán las consecuencias derivadas de la morosidad cuando concurran las condiciones que permitan calificarle como moroso.

Una vez satisfecho el interés del adquirente de la vivienda, «El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a estos». No se atribuye a la entidad aseguradora una mera acción de reembolso en los términos que dispone el artículo 68 de la Ley del Contrato de Seguro frente al responsable del siniestro, que es el tomador del seguro, para recuperar lo abonado al asegurado. La LOE permite que se subrogue además en la posición de este último, tal y como se dispone en el artículo 1839 del Código Civil en relación con la fianza⁶³. ¿Esto significa que la compañía aseguradora tiene un derecho de reembolso junto a una acción legal de subrogación? O, por el contrario, ¿se le atribuye solo una acción de repetición reforzada a través de una subrogación en la posición del asegurado? Si adoptamos una interpretación integradora de lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro habría que sostener que la aseguradora no dispone de dos facultades diversas, sino de un único derecho de reembolso *iure proprio* que le permitiría recuperar «Todo pago hecho por el asegurador», al igual que sucede en la fianza (art. 1838 del Código Civil). Con base en ello la aseguradora puede reclamar

no solo las cantidades abonadas al asegurado, sino también cualquier otro tipo de gasto vinculado al pago (por ej., gastos de administración); así como los daños y perjuicios, si procedieran. La subrogación en los derechos y acciones del asegurado complementa el derecho de regreso. Permite a la aseguradora disfrutar de las garantías que la posición de este le ofrece⁶⁴.

Como garantía del derecho de reembolso que se atribuye a la aseguradora, se establece una prohibición de disposición sobre la vivienda: «*el promotor no podrá enajenar la vivienda sin haber resarcido previamente a la entidad aseguradora por la cantidad indemnizada*». Estamos ante una prohibición legal de disponer en los términos expuestos por el artículo 26.1.º de la Ley Hipotecaria, conforme al cual, tales prohibiciones no necesitarán ninguna declaración judicial o administrativa para desprender plena eficacia jurídica, en cuyo caso «*surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio*». Se trata de limitar el poder dispositivo del promotor sobre la vivienda conforme a lo dispuesto por la ley, sin que sea necesario ningún mecanismo de publicidad. Es una limitación sobre el *ius disponendi* del propietario, que es el promotor y que abarca no solo la venta de la vivienda, sino también cualquier otro acto de naturaleza dispositiva como puede ser la constitución de un gravamen (por ej. la hipoteca). El interés que justifica la prohibición de enajenación de la vivienda es garantizar la eficacia del ejercicio del derecho de reembolso atribuible a la aseguradora; esto es, una aplicación efectiva del principio de responsabilidad patrimonial. Ahora bien, se restringe el poder dispositivo del promotor sobre la vivienda, siempre y cuando esta se construya. Pero si esta no llegara a ser edificada, ¿resulta extensible la prohibición de disponer al suelo? Para dar una respuesta adecuada no hay que olvidar que una restricción de esta naturaleza, en cuanto carga que es, y que afecta al principio de libre circulación de los bienes, no debe ser interpretada de modo extensivo. Por consiguiente, solo ha de repercutir sobre la vivienda.

c) La prórroga del contrato

Bajo el título «*Ejecución de la garantía*», el número Cuatro de la disposición adicional primera de la LOE no se aborda esta tema, sino la opción que se atribuye al adquirente cuando se produce el vencimiento del plazo pactado en el contrato, y el promotor no ha iniciado la construcción o no ha entregado la vivienda: resolver el contrato o conceder una prórroga.

En relación con la prórroga del contrato, el legislador indica que «*se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*». Más que de una prórroga, se debería hablar de una novación objetiva de carácter modificativo porque altera el plazo de ejecución acordado; considerado esencial en la medida en que es su incumplimiento el acto que justifica la reso-

lución del contrato⁶⁵. No se extingue la relación contractual, ya que, conforme a lo dispuesto por el artículo 1204 del Código Civil, el carácter extintivo de una novación no se presume; se debe pactar expresamente, salvo que se considere que la nueva obligación es incompatible con la antigua. Existe un *animus novandi* que se manifiesta en el interés por modificar una de las condiciones principales del contrato: su vencimiento. Y, aunque lo habitual sea que esta novación se realice por escrito, el legislador nada indica al respecto. Tan solo compele a que conste el pacto que modifica la fecha de vencimiento de ejecución de las obligaciones en «una cláusula adicional del contrato otorgado».

La novación no es admisible si el vencimiento del plazo ya se ha producido porque la relación se habrá extinguido. Esta es la razón por la que, con respecto al aval, se establece que, si transcurren dos años «a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada», sin resolver el contrato y solicitar la devolución de las cantidades anticipadas, caducará esta medida de aseguramiento. Sin embargo, si llegada la fecha de vencimiento, el promotor no cumple con la obligación de entregar la vivienda, y el adquirente de la misma no opta entre resolver o prorrogar el contrato en los términos apuntados, habrá una voluntad presunta de recibirla de acuerdo a lo pactado inicialmente porque su interés, aun no satisfecho, permanece. El retraso en la entrega podría convertir al promotor en un moroso en los términos del artículo 1100, último párrafo del Código Civil, lo que se traduciría en la correspondiente compensación o aplicación de cláusula penal, en el caso de que esta se hubiera pactado. La ejecución del contrato se habría dilatado en el tiempo.

Que exista novación del contrato o mora del promotor, ¿repercuta sobre las garantías pactadas? Sí, porque la novación incrementa el riesgo de los garantes al acordar un nuevo plazo de ejecución. Sin embargo, la morosidad no se constituye como un supuesto de incumplimiento definitivo. Es un cumplimiento defectuoso, admitido por el adquirente de la vivienda.

Si el adquirente de la vivienda concede una prórroga al promotor, este, según el párrafo 1. f) del número Dos de la disposición analizada, «podrá prorrogar el contrato de seguro mediante el pago de la correspondiente prima, debiendo informar al asegurado de dicha prórroga». ¿Cómo conjugar lo dispuesto por la LOE con lo establecido por el artículo 1851 del Código Civil, según el cual «La prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza? Una interpretación literal del artículo 1851 del Código Civil sería determinante para considerar que una alteración en cuanto al plazo de cumplimiento del contrato que garantiza, es causa de extinción si no se cuenta con el consentimiento del fiador. Sin embargo, la modificación del plazo de entrega de la vivienda, en principio, no tiene por qué extinguir las garantías. La STS de 3 de marzo de 2014 atempera la literalidad del artículo 1851 del Código Civil, al afirmar que la prórroga será motivo que justifica la liberación del fiador si la ampliación del plazo en el cumplimiento del contrato que garantiza,

le perjudica en vía de regreso. Si no es así, porque el fiador sigue respondiendo del cumplimiento del contrato en los mismos términos, la alteración en el plazo no será considerada como una prórroga en este sentido. Por idénticas razones ni se extingue el aval, ni tampoco el seguro de caución ante la novación del término final del contrato. El aval se extiende al nuevo periodo, y en cuanto al seguro se deben actualizar las primas, previa comunicación a la aseguradora. Con el lenguaje que el legislador utiliza, no parece que se pretenda atribuir al promotor la facultad de decidir si se prorroga o no los efectos del seguro de caución prescindiendo de la voluntad de la aseguradora. Más bien se admite que se pueda prorrogar el seguro de diferentes formas, entre ellas «*mediante el pago de la correspondiente prima*» como acto concluyente que aquella acepta.

4. CANCELACIÓN DE LAS GARANTÍAS

El número Cinco de la disposición adicional primera de la LOE dispone lo siguiente: «*Expedida la cédula de habitabilidad, la licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculten para la ocupación de la vivienda por el órgano administrativo competente y acreditada por el promotor la entrega de la vivienda al adquirente, se cancelarán las garantías otorgadas por la entidad aseguradora o avalista. Cumplidas las condiciones anteriores, se producirá igual efecto si el adquirente rehusara recibir la vivienda*». Las causas que determinan la cancelación de las garantías otorgadas parecen mostrarnos una situación jurídica de extinción de aquellas. En consecuencia, la terminología empleada por el legislador no resulta apropiada en cuando que la cancelación sirve para reflejar algo que ya ha sucedido anteriormente. Es muy propio utilizar este término en el ámbito de extinción de asientos registrales que reflejan un gravamen sobre un derecho, y que ya no tiene efectos jurídicos como carga (por ej., la obligación principal que garantiza una hipoteca se ha extinguido). Por ello, en el caso que nos ocupa, parece que lo que se incorpora bajo el título de «cancelación de la garantía» es más bien una causa de extinción que da lugar a la oportuna cancelación formal de las garantías. La cancelación tan solo refleja que el seguro de caución o el aval no desprenden los efectos correspondientes porque el interés que los justificaba ha decaído. Es un reflejo de lo previsto en el artículo 1847 del Código Civil, conforme al cual «*La obligación del fiador se extingue al mismo tiempo que la del deudor*». Siendo esto así, lo que el legislador prevé son excepciones oponibles tanto por la aseguradora como por el avalista ante la reclamación del adquirente de la vivienda. Razón: una vez entregada la vivienda, el interés del adquirente se ve satisfecho. Y al extinguirse el contrato principal, también hacen lo propio las obligaciones accesorias. Tema distinto es la forma de entrega de la vivienda, aspecto que debe probar el promotor (por ej., entrega de llaves, escritura pública o cualquier otro medio admitido en derecho).

Si el adquirente rehúsa «recibir la vivienda», esto no impide que la obligación principal se extinga. Si se cumplen las condiciones establecidas por los artículos 1176 y siguientes del Código Civil, así como lo previsto por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, la mora del acreedor permitiría al promotor la extinción de su obligación a través de la consignación mediante, por ejemplo, la entrega de las llaves que ponen el inmueble a disposición del juez, siempre y cuando se reconozca que el objeto de la consignación puede ser un bien inmueble⁶⁶. Por consiguiente, no bastaría la negativa del adquirente para atribuir al ofrecimiento de pago hecho por el promotor efectos extintivos del contrato. Se necesitaría la resolución del juez que acreditara el cumplimiento de la obligación, bien a través de un auto si no ha habido oposición del adquirente de la vivienda, bien mediante una sentencia si se ha seguido un procedimiento contencioso por la oposición de este. A partir de este momento, las garantías se extinguirían también, pero no antes, porque la obligación principal aún sería exigible.

5. LA CUENTA ESPECIAL EN LA ENTIDAD DE CRÉDITO

No es una novedad que la LOE exija al promotor percibir «*las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de entidades de crédito en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor (...) y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*». La Ley 57/1968 ya preveía esta condición como medida de garantía⁶⁷.

El dinero adelantado por el adquirente de una vivienda al promotor deberá ser depositado en una cuenta especial de una entidad de crédito. El promotor podrá disponer de las cantidades anticipadas si su destino es sufragar gastos derivados de la construcción de vivienda. En consecuencia, son cantidades afectas a una finalidad concreta: la edificación. Pero, ¿quién está legitimado para fiscalizar los gastos llevados a cabo por el promotor con cargo a dichas cantidades? Quienes están interesados en que las cantidades ingresadas cumplan con la finalidad apropiada, que no es otra que la construcción de la vivienda: las entidades que actúan como garantes, el propio adquirente y la entidad bancaria en la que se depositan las cantidades anticipadas. Para ello se les atribuye ciertas herramientas. El número 2 en su letra g) de la disposición adicional primera permite a la aseguradora, durante la vigencia del seguro, comprobar los documentos y los datos del promotor-tomador que guardan relación con las obligaciones contraídas con los asegurados. Y, aunque respecto del avalista nada se establece sobre ello, cabe una aplicación analógica de lo previsto para la aseguradora. En cuanto al adquirente, se puede deducir una protección de su interés a través de lo previsto en el número Seis de la citada disposición, ya que

es obligatorio hacer constar en la publicidad de la promoción de las viviendas lo siguiente: «*el promotor ajustará su actuación y contratación al cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley*», términos con los que se le reconoce su derecho a constatar una actuación acorde a lo exigido.

Para la apertura de la cuenta especial en una entidad de crédito, se exige, «*bajo su responsabilidad*», que esta comine al promotor a aportar las garantías exigidas por la LOE en cuanto a la devolución de las cantidades entregadas por el adquirente de la vivienda. Se le faculta para inquirir sobre el destino del dinero depositado a fin de procurar que este se dedique a la construcción de la vivienda. «*Bajo su responsabilidad*» son términos que imputan a la entidad bancaria las consecuencias derivadas del incumplimiento de estas obligaciones legales, por culpa *in vigilando*. La STS de 21 de diciembre de 2015 se pronunció con claridad en este sentido: «En la compraventa de viviendas (...) las entidades de crédito que admitan ingresos de los compradores en una cuenta del promotor sin exigir la apertura de una cuenta especial y la correspondiente garantía responderán frente a los compradores por el total de las cantidades anticipadas por los compradores e ingresadas en la cuenta o cuentas que el promotor tenga abiertas en dicha entidad»⁶⁸. La STS de 29 de junio de 2016 deja claro que no pueden recaer sobre el comprador las consecuencias derivadas del incumplimiento por parte del promotor de su obligaciones legales, como tampoco «las derivadas de los incumplimientos imputables a las entidades bancarias en las que el promotor tenga abierta cuentas en las que los compradores ingresen cantidades anticipadas».

No se debe atender a una interpretación rigorista y formalista de la Ley cuando «la cuenta del promotor se encuentra en la misma entidad de crédito que le concede el préstamo para la construcción», siendo esta también la que le avala por las obras de urbanización con respecto a los ingresos que recibía a cuenta de la vivienda adquirida. En este sentido, las entidades de crédito no son terceros ajenos a la relación que se establece entre el adquirente y el promotor⁶⁹. Aunque la STS de 16 de enero de 2015 aportó también un matiz al atribuir responsabilidad solo a aquella entidad en la que se depositaran las cantidades anticipadas, que podría coincidir, o no, con la que concediera un préstamo dedicado a la edificación.

La jurisprudencia ha analizado el concepto de «*cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor*», y sobre él la STS de 13 de enero de 2015 ha considerado que el hecho de que el comprador no ingresara las cantidades anticipadas en la cuenta especial, no era causa bastante para excluir la cobertura del seguro. Razón: se consideraba una obligación impuesta al vendedor y no al adquirente de la vivienda⁷⁰. Incluso, la entidad de crédito es responsable de esta situación cuando, tal y como sostuvo la STS de 21 de diciembre de 2015, «la entidad supo o tuvo que saber que los compradores estaban ingresando cantidades a cuenta del precio de las

viviendas de la promoción». Tenía «la obligación legal de abrir una cuenta especial y separada, debidamente garantizada, incurriendo en caso contrario en la responsabilidad específica que establece la norma»⁷¹.

No se infiere de los términos empleados por el legislador que solo se tenga que depositar en una cuenta especial las cantidades percibidas por el promotor tras la obtención de la licencia de edificación. En consecuencia, si el abono realizado por el adquirente de la vivienda se vincula a su construcción porque este así lo manifiesta, se deberá cumplir con esta obligación legal. La finalidad del dinero anticipado por quien adquiere la vivienda resulta determinante para sostener esta postura ya que con ello lo que se pretende es financiar su construcción.

¿Es solidaria la responsabilidad que se exige a la entidad bancaria con respecto a la que se atribuye al sujeto garante del cumplimiento de la obligación restitutoria? No debería tener esta naturaleza si no se determina así expresamente por el legislador. Si las garantías están constituidas, son los garantes quienes deben responder, aunque las cantidades no se hayan ingresado en una cuenta especial⁷². La entidad de crédito responde de la devolución de las cantidades anticipadas, no como garante, sino en virtud de su falta de diligencia profesional en cuanto al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la LOE. Se le imputa una responsabilidad de origen legal en cuanto a la devolución de todas las cantidades ingresadas en la entidad por el adquirente de una vivienda con el ánimo de abordar «*las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*», si no ha exigido al promotor las correspondientes garantías. No exigir la apertura de una cuenta especial, así como la constitución de las garantías oportunas al promotor, permite al adquirente de la vivienda reclamar a la entidad bancaria su devolución. Tal y como ha sostenido la STS de 23 de noviembre de 2017, basta con que la entidad bancaria conozca o estén en disposición de conocer que se están produciendo ingresos a cuenta del precio de viviendas en construcción, para que se le exija la correspondiente responsabilidad. Por ello, aunque la percepción de las cantidades anticipadas «*a través de entidades de crédito*» permite preconstituir una prueba y facilitar el control sobre su uso, resulta conveniente que el adquirente atribuya al pago realizado una finalidad que justifique su causa: gastos de edificación⁷³. No se puede extender la responsabilidad a aquellas cantidades entregadas en efectivo por el adquirente de una vivienda y, por ello, la reciente STS de 28 de febrero de 2018 libera a la entidad de crédito por ser hechos probados «su falta de conocimiento de los pagos hechos por los compradores al promotor», al no constar documentalmente que se ingresaran en una cuenta de aquella.

Finalmente, en relación con la responsabilidad exigible a las entidades financieras, ¿cuándo prescribe la acción que permite al adquirente de la vivienda reclamarles por incumplimiento de su obligación legal? El Tribunal Supremo, en las sentencias de 16 de enero de 2015 y de 28 de febrero de 2018, se inclina por

aplicar el plazo de prescripción de las acciones personales que, de acuerdo, con lo dispuesto por el artículo 1964 del Código Civil es actualmente de cinco años⁷⁴.

III. CONCLUSIONES

I. Que la nueva redacción de la disposición adicional primera de la LOE incorpora una serie de matices en relación con las garantías exigibles al promotor inmobiliario por las cantidades anticipadas durante el proceso de construcción de una vivienda, que modifican lo dispuesto hasta entonces por la derogada Ley 57/1968. Entre ellas cabe destacar que solo se imponen medidas de aseguramiento legales en cuanto al dinero percibido por el promotor «*desde la obtención de la licencia de edificación*».

II. Que el promotor actúa como sujeto obligado con respecto a unas obligaciones que, conforme a la jurisprudencia, se definen como esenciales. Mientras, las aseguradoras o las entidades de crédito deben ser calificadas como garantes porque su función es asegurar o afianzar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los adquirentes de la vivienda, en el caso de que el promotor no cumpla con la obligación que le corresponde. Todo ello sin olvidar que el dinero adelantado por el adquirente de una vivienda al promotor deberá ser depositado en una cuenta especial de una entidad de crédito, y que aquel podrá disponer de las cantidades anticipadas solo si su destino es sufragar gastos derivados de la construcción de vivienda. Si no fuera así, se le impondrá las correspondientes sanciones administrativas; o incluso se le podrá imputar un delito de apropiación indebida por distraer tales cantidades a otros fines diversos, siempre y cuando no entregue la vivienda, ni pueda restituir el dinero recibido de manera definitiva. A estos efectos se compele a las entidades de crédito a fiscalizar el destino del dinero anticipado y a exigir al promotor las garantías debidas, obligaciones de las que responderán por culpa *in vigilando*.

III. Que el sujeto destinatario de las medidas de aseguramiento previstas por la disposición adicional primera LOE es el adquirente de una vivienda pendiente o en construcción; un término que no es equivalente al de comprador. El legislador se refiere al contrato de compraventa con un carácter ejemplificador, pero en ningún caso con un ánimo exhaustivo. Por ello se incluye al cooperativista, quien puede exigir las medidas tuitivas destinadas a garantizar la recuperación de las cantidades anticipadas a la cooperativa, siempre que no se trate de solventar una cuestión relacionada con una baja voluntaria. Del mismo modo, tampoco determina qué finalidad debe tener la vivienda adquirida, a diferencia de lo que sucedía en la derogada Ley 57/1968, en cuyo caso no existe óbice alguno para incluir al inversor, siempre que no actúe como empresario o profesional.

IV. Que se incorpora como novedad la obligación de suscribir una «una póliza de seguro individual por cada adquirente», abandonando el sistema de doble póliza. Y que el aval exigible no se constituye como una garantía a primer requerimiento o a primera demanda. De la constitución y naturaleza de las garantías que debe aportar el promotor, así como de la cuenta especial en la que debe abonar las cantidades anticipadas, se debe informar al adquirente de la vivienda, dejando constancia del reconocimiento de un derecho a ser informado a través de la forma del contrato, al obligar al promotor a incluir «*expresamente*» una serie de menciones obligatorias en el mismo.

V. Que el incumplimiento definitivo del promotor permite al adquirente optar entre dos situaciones: la rescisión del contrato o la prórroga del mismo. Una rescisión que debe definirse como una resolución por incumplimiento; y una prórroga que se constituye como una novación objetiva de carácter modificativo al alterar el plazo de ejecución acordado en el contrato de obra. Junto al incumplimiento definitivo —situación que se produce cuando no se inicia la construcción en el plazo pactado—, está presente también el cumplimiento defectuoso del contrato al considerar que la construcción debe llegar «*a buen fin en el plazo convenido*», situación que se producirá cuando se expida la cédula de habitabilidad o documento equivalente que permita su ocupación por parte del adquirente.

VI. Que una vez satisfecho el interés del adquirente de la vivienda, «*El asegurador podrá reclamar al promotor-tomador las cantidades satisfechas a los asegurados, a cuyo efecto se subrogará en los derechos que correspondan a estos*», precepto que se debe interpretar a la luz de lo dispuesto por el artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro a fin de sostener que la aseguradora dispone de derecho de reembolso *iure proprio* que le permitirá recuperar «*Todo pago hecho por el asegurador*».

IV. BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO, A. (2005). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid: Civitas.
- DÍAZ PARDO, G. (2008). Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico, *Actualidad Civil*, núm. 13, 2-22.
- JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 632-647.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390.

- MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil*, núm. 10, 80-98.
- MARTÍNEZ SANZ, F. (2010). Seguro de caución y aval para garantizar la devolución de cantidades entregadas a cuenta en caso de concurso de la promotora. En F. González Castilla y R. Marimón Durá, (dir.) *Estudios de Derecho del Mercado Hipotecario*, Valencia, Universitat de Valencia, 867-978.
- PORTELLANO DÍEZ, P. (2015). El seguro de caución indirecta, *Revista Española de Seguros*, núm. 161, 29-56.

V. JURISPRUDENCIA

- STS de 6 de octubre de 1989.
- STS de 30 de diciembre de 1998.
- STS de 8 de marzo de 2001.
- STS de 15 de julio de 2005.
- STS de 16 de enero de 2006.
- STS de 25 de octubre de 2011.
- STS de 28 de marzo de 2012.
- STS de 10 de diciembre de 2012.
- STS de 5 de febrero de 2013.
- STS de 11 de abril de 2013.
- STS de 3 de julio de 2013.
- STS de 19 de julio de 2013.
- STS de 13 de septiembre de 2013.
- STS de 9 de octubre de 2013.
- STS de 13 de septiembre de 2013.
- STS de 22 de noviembre de 2013.
- STS de 29 de enero 2014.
- STS de 3 de marzo de 2014.
- STS de 6 de marzo de 2014.
- STS de 5 de mayo de 2014.
- STS de 7 de mayo de 2014.
- STS de 24 de abril de 2014.
- STS de 30 de abril de 2014.
- STS de 25 de noviembre de 2014.
- STS de 6 de enero de 2015.
- STS de 13 de enero de 2015.
- STS de 16 de enero de 2015.
- STS de 20 de enero de 2015.
- STS de 22 de abril de 2015.
- STS de 30 de abril de 2015.
- STS de 9 de septiembre de 2015.

- STS de 15 de septiembre de 2015.
- STS de 21 de diciembre de 2015.
- STS de 23 de diciembre de 2015.
- STS (Sala Segunda) de 12 de febrero de 2016.
- STS de 8 de abril de 2016.
- STS de 1 de junio de 2016.
- STS de 21 de junio de 2016.
- STS de 24 de junio de 2016.
- STS de 29 de junio de 2016.
- STS de 29 de junio de 2016.
- STS de 12 de julio de 2016.
- STS de 24 de octubre de 2016.
- STS de 12 de septiembre de 2016.
- STS de 21 de diciembre de 2016.
- STS de 2 de febrero de 2017.
- STS (Sala Segunda) de 23 de mayo de 2017.
- STS (Sala Segunda) de 5 de junio de 2017.
- STS de 26 de octubre de 2017.
- STS de 16 de noviembre de 2017.
- STS de 19 de noviembre de 2017.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- STS de 19 de diciembre de 2017.
- STS (Sala Segunda) de 18 de enero de 2018.
- STS (Sala Segunda) de 25 de enero de 2018.
- STS de 28 de febrero de 2018.
- STS (Sala Segunda) de 20 de marzo de 2018.
- STS de 21 de marzo de 2018.

NOTAS

¹ A partir de ahora LOE.

² Las Comunidades Autónomas han legislado sobre esta materia y las condiciones a cumplir para quien se dedica a la promoción de viviendas. En este sentido, la Ley 3/2001, de 26 de abril, de la calidad, promoción y acceso a la vivienda, de Extremadura; la Ley 2/2007, de 1 de marzo, de vivienda, de La Rioja; la Ley 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda, de Cataluña; las Leyes 9/2010, de 30 de agosto, del derecho de vivienda y 10/2013, de 16 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda de Castilla y León; la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia; y la Ley 6/2015, de 24 de marzo, de vivienda de Murcia.

³ No hay que olvidar la referencia que el artículo 16 LOE hace a los propietarios y usuarios en los siguientes términos: «1. Son obligaciones de los propietarios conservar en buen estado la edificación mediante un adecuado uso y mantenimiento, así como recibir, conservar y transmitir la documentación de la obra ejecutada y los seguros y garantías con que esta cuenta. 2. Son obligaciones de los usuarios, sean o no propietarios, la utilización

adecuada de los edificios o de parte de los mismos de conformidad con las instrucciones de uso y mantenimiento, contenidas en la documentación de la obra ejecutada». Con ello se hace referencia al Código Técnico de Edificación.

⁴ No se trata de asegurar la ejecución del contrato sino de garantizar la restitución de las cantidades anticipadas en el caso de su resolución por incumplimiento.

⁵ El legislador precisó que la Ley 57/1968, y sus disposiciones complementarias, continuaban aplicándose «en el caso de viviendas» con ciertas modificaciones. Una de ellas era aquella que sometía a esta normativa la promoción de viviendas en régimen de comunidad de propietarios o sociedad cooperativa, aunque ya el Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, había ordenado la aplicación de la Ley 57/1968 a las Comunidades y Cooperativas de viviendas. La otra extendía la garantía «a las cantidades entregadas en efectivo o mediante cualquier efecto cambiario», cuyo pago se domiciliara en una cuenta especial prevista en la Ley. Se garantizaba la devolución de las cantidades entregadas «más los intereses legales del dinero vigentes» hasta el momento en que aquella se hiciera efectiva.

⁶ En concreto, la Ley 20/2015, de 14 de julio, al añadir una disposición adicional tercera con el fin de adaptar el nuevo régimen introducido en la disposición adicional primera de la LOE, señala que «*Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por la ... Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción" de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*».

⁷ La Ley de 14 de julio de 2015 entró en vigor el 1 de enero de 2016. Se planteó si el nuevo régimen en relación con la percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción se aplicaba a todas las obras de construcción o solo a aquellas cuyos proyectos solicitaran la licencia de edificación a partir del 1 de enero de 2016. Para dar respuesta a esta pregunta, la disposición transitoria tercera de la LOE determina cómo adaptar el régimen introducido por la disposición adicional primera de la LOE: «*Las entidades aseguradoras deberán, antes del 1 de julio de 2016 y para las cantidades que se entreguen a cuenta a partir de esa fecha, adaptar las pólizas vigentes a 1 de enero de 2016 al régimen introducido por (...) la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades aseguradoras y reaseguradoras, por la que se modifica la disposición adicional primera "Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción" de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*».

⁸ El artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, señala que para que los promotores de VPO puedan percibir de los adquirentes cantidades anticipadas durante el periodo de construcción, se debe haber otorgado la calificación provisional.

⁹ Ello, aunque el Decreto 3114/1968 ya había extendido las medidas previstas por la Ley 57/1968 a las promociones realizadas en régimen de comunidad o de cooperativas. Posteriormente, el artículo 1.1.d) del Real Decreto 2018/1995, de 22 de diciembre, por el que se establecen las condiciones de acceso a la financiación cualificada estatal de viviendas de protección oficial promovidas por cooperativas de viviendas y comunidades de propietarios al amparo de los planes estatales de vivienda, ya estableció la obligación de la cooperativa de garantizar las cantidades anticipadas a cuenta del coste de la vivienda, a partir de la calificación provisional de viviendas de protección oficial.

¹⁰ Alega también la falta de concreción del plazo de entrega de la vivienda, así como una información defectuosa sobre todas las gestiones relativas a la adquisición de la misma.

¹¹ Las SSTs de 13 de septiembre de 2013, de 30 de abril de 2014 y 16 de enero de 2015, obligan a la cooperativa a asegurar la devolución de las cantidades entregadas por los socios, incluso en la fase inicial o embrionaria de adquisición de solar.

¹² En cuanto a la aseguradora, la LO incluye a todas las entidades autorizadas para operar en España, que son aquellas que hayan obtenido la preceptiva autorización administrativa de

la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones. El avalista debe ser una entidad de crédito debidamente autorizada. El artículo 6.4. de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, establece que «Los establecimientos financieros de crédito no podrán captar fondos reembolsables del público», teniendo en cuenta que, pese a que son unas empresas que no tienen la consideración de entidad de crédito, desarrollan actividades tales como la concesión de préstamos u créditos, así como la concesión de avales y garantías, entre otras actividades.

¹³ *Vid.*, artículos 53 y 54 de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana 7/2015, de 30 de octubre.

¹⁴ En el concepto de «adquirente» que emplea la LOE cabría incluir también a quienes actúan como titulares temporales en los términos empleados por la Ley 19/2015, de 29 de julio, de la propiedad temporal y de la propiedad compartida, de Cataluña. Se adquiere un dominio que se califica como temporal porque su eficacia está limitada en el tiempo. La propiedad pertenece al propietario temporal, ya que el titular sucesivo no lo es hasta que se le transmite el dominio una vez llegado el vencimiento del término acordado. Por tanto, la propiedad temporal actúa como una carga para aquel a quien el legislador denomina como titular sucesivo. Sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M. R. (2017). La propiedad temporal y la propiedad compartida. *Actualidad Civil*, núm. 10, 80 y sigs.

¹⁵ Precisamente, en la STS de 22 de noviembre de 2013 se plantea un caso de esta naturaleza. Se adquiere una vivienda con plaza de aparcamiento de nueva construcción, y se paga una parte del precio con la entrega de otro inmueble. La parte recurrente alega que no se aplica la Ley 57/68 porque parte de aquel no se abona en dinero o mediante efecto cambiario. Aunque el Alto Tribunal no entra a valorar este asunto. Tan solo examina que la falta del aval o seguro es inoperante porque cuando la compradora lo reclama, la obra ya había concluido.

¹⁶ También la STS de 21 de junio de 2016. La STS de 21 de marzo de 2018 declara inaplicable la Ley 57/1968 a una sociedad mercantil dedicada a la promoción inmobiliario que adquiere una serie de apartamentos turísticos con una finalidad inversora.

¹⁷ El cheque, como título mercantil, vincula a una Entidad bancaria al pago de una determinada cantidad por orden de sus clientes y con cargo a la cuenta bancaria de este último. Por tanto, actúa no solo como medio de pago, sino también como sustitutivo del pago en efectivo, en el caso de los cheques conformados y aquellos de naturaleza bancaria. Pero no tendría la misma función en el resto de cheques, salvo buen fin.

¹⁸ *Vid.*, CARRASCO, A. (2005). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid: Civitas, 466.

¹⁹ La STS de 6 de octubre de 1989 ya estableció que «La letra de cambio en sí no es más que un documento de tipo formal cuya causa no está en el documento mismo, sino en los contratos de orden civil y cambiario que la han precedido, es decir, en un instrumento sustitutivo del pago en numerario, como medio de liquidar un contrato subyacente».

²⁰ *Vid.*, JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 643.

²¹ En este caso, cuando el Banco inicia el proceso cambiario, que la empresa vendedora de la vivienda fuera declarada en concurso de acreedores y que, a causa de ello, los compradores solicitaran la resolución del contrato por incumplimiento, no actuó como excepción oponible a la entidad bancaria. Se le consideró a esta como un tercero cambiario ajeno al contrato de compraventa al que no se le debían aplicar las obligaciones derivadas de la Ley 57/1968 ni de la LOE.

²² Ante la ausencia de un plazo fijado por las partes que determine la eficacia del pacto de arras, podrá ser el juez quien lo determine conforme a la finalidad del mismo y al tipo de contrato.

²³ La STS de 13 septiembre de 2013 condenó a una compañía aseguradora a la devolución de las cantidades aportadas por los cooperativistas con carácter previo a la obtención de la licencia de edificación. El Alto Tribunal rechazó la tesis del «Tramo I» y «Tramo II» como

práctica aseguradora, conforme a la cual los seguros del «Tramo I» garantizarían tan solo que las cantidades aportadas por los cooperativistas se dedicaran a sufragar los gastos de la promoción en su fase inicial; mientras que los del «Tramo II» son los que se configurarían como el seguro de caución previsto por la Ley 57/1968, y dirigido, por tanto, a garantizar «el buen fin» de la construcción. En este caso, el Tribunal Supremo dio prevalencia a la idea de que el seguro de caución documentado en una póliza global servía para garantizar la devolución de todas cantidades entregadas si la construcción no llegaba a «buen fin». En ellas tendría cabida «la compra de terrenos, el comienzo de las obras, su terminación y la entrega de las viviendas a los cooperativistas», quienes son los asegurados en caso de que el tomador del seguro (la cooperativa) incumpla con sus obligaciones legales o contractuales. Que los certificados individuales entregados a los cooperativistas no garantizaran el buen fin de la promoción de viviendas, ni su entrega, resultó irrelevante. Razón: el riesgo asegurado por el seguro de caución es el fracaso del proyecto de la cooperativa.

²⁴ Alguna autora (LÓPEZ SAN LUIS, R., 2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2359) sostiene que esto puede desincentivar la promoción e inversión en obras por falta de financiación.

²⁵ La jurisprudencia en relación con lo dispuesto por la Ley 57/1968 mantenía una postura distinta. La STS de 25 de octubre de 2011 consideró que la protección se establecía solo en relación con la adquisición de una vivienda que se constituyera en «morada». No tenía cabida la protección del inversor. Abundó en esta idea la STS de 26 de octubre de 2017 que excluyó al comprador de tres viviendas en construcción por perseguir una finalidad inversora. Existían indicios determinantes de que la finalidad del comprador no era «la de constituir su domicilio en las viviendas ni tampoco la de dedicarlas a residencia de temporada, accidental o circunstancial». La Ley no se aplicaba al inversor, fuera o no profesional.

²⁶ Aunque el artículo 114 del Decreto 2114/1968, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley sobre Viviendas de Protección Oficial, ya incluye esta previsión: que las cantidades anticipadas se apliquen a la construcción; que se ingresen en una entidad bancaria a disposición del promotor con tales fines; que en los contratos de compraventa consten estas condiciones.

²⁷ El Decreto 3114/1968, de 12 de diciembre, sobre la aplicación de la Ley 57/1968, de 27 de julio a las Comunidades y Cooperativas de Viviendas, exigía las mismas garantías a las cantidades dedicadas a la adquisición del solar que a las destinadas a la construcción del edificio.

²⁸ SSTS (Sala Segunda) de 16 de enero de 2006 y de 28 de marzo de 2012.

²⁹ La STS de 16 de noviembre de 2017 ya lo dejó claro. Resulta imposible que la víctima pruebe que el promotor ha dispuesto de las cantidades anticipadas para fines distintos de la construcción, «burlando manifiestamente sus obligaciones de garantía y separación», cuando el dinero entregado se confunde con su patrimonio.

³⁰ En el supuesto analizado por la reciente STS (Sala Segunda) de 20 de marzo de 2018 se imputa un delito de estafa al promotor por reclamar a los compradores el abono de ciertas cantidades haciéndoles creer que las obras de promoción iban a continuar, cuando, en realidad, no tenía propósito alguno de realizarlas. Se aprovecha «de la confianza y la buena fe del perjudicado», sin que en ningún momento tuviera el ánimo de cumplir con lo acordado. Defrauda el interés de los compradores, sin que en ningún momento devolviera las cantidades recibidas.

³¹ Se mantienen las mismas garantías exigidas por la Ley de 1968. En este caso el legislador se refería al contrato de seguro otorgado con Entidad aseguradora inscrita y autorizada en el Registro de la Subdirección General de Seguros y al aval solidario prestado por «Entidad inscrita en el Registro de Bancos y Banqueros, o Cajas de Ahorro».

³² SSTS de 25 de octubre 2011, de 10 de diciembre de 2012, de 5 de febrero de 2013, de 11 de abril de 2013, de 19 de julio de 2013, de 29 de enero de 2014, de 7 de mayo de 2014,

de 6 de enero de 2015, de 20 de enero de 2015, de 30 de abril de 2015, de 15 de septiembre de 2015, de 12 de julio de 2016 y de 2 de febrero de 2017.

³³ También la STS de 11 de abril de 2013.

³⁴ La SPA de Bizkaia (Sección 4.^a) de 25 de abril de 2015 estima la acción resolutoria ejercida por el comprador pues «aun cuando las obras estaban terminadas y las viviendas en disposición de ser entregadas en fecha anterior a la de interposición de la demanda, es indiscutido que la vendedora incumplió la obligación de constituir los avales sobre las cantidades entregadas a cuenta y también que antes de que finalizara la construcción de la vivienda, los compradores solicitaron la resolución del contrato manifestando que querían separarse del proyecto y solicitaron la devolución del dinero entregado a cuenta, lo que significa que pretendieron la resolución del contrato y tal resolución es conforme a derecho».

³⁵ STS de 6 de enero de 2015.

³⁶ Las STS de 23 de diciembre de 2015 y 21 de diciembre de 2016 analizan la protección que merece el adquirente cuando se ha concertado una póliza colectiva bajo el régimen de la Ley 57/1968, pero no se ha emitido el correspondiente certificado individual de aseguramiento. La entidad bancaria concertó una línea de avales y, por tanto, debía conocer (o estaba en condiciones de hacerlo) los contratos de compraventa cuyos pagos anticipados garantizaba. Ello le hace responsable, junto al promotor, en cuanto a la eventual devolución de las cantidades entregadas a cuenta por los compradores, en caso de incumplimiento de la obligación del promotor.

³⁷ Según, la STS de 8 de abril de 2016, la emisión de los correspondientes certificados o avales individuales son asumidos por la entidad aseguradora o avalista, a favor de cada uno de los compradores, lo que les legitima para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva conforme al artículo 3 de la Ley 57/1968. Ahora bien, la ausencia de avales individuales no impide la obligación de restituir las cantidades entregadas, con sus intereses, a los compradores al amparo de la existencia de una póliza colectiva.

³⁸ El legislador prescinde de la doble póliza, la colectiva y la individual, con respecto a lo cual la STS de 24 de octubre de 2016 ya advirtió que el comprador no es responsable de que el promotor, «a cuenta de una actuación gravemente negligente o dolosa», no requiriera los certificados o avales individuales. Significa que, ante la reclamación de aquel, las pólizas colectivas servían para asegurar la devolución del importe de la suma anticipada. El certificado o aval individual emitido por la entidad aseguradora o avalista a favor de cada uno de los compradores, tan solo les legitimaba para hacer efectivo el aval por vía ejecutiva en los términos que establecía la Ley 57/1968. En el mismo sentido ya se habían pronunciado las SSTS de 3 de julio de 2013, de 7 de mayo de 2014, de 22 de abril y 23 de septiembre de 2015, y de 21 de diciembre de 2016.

³⁹ No obstante, la STS de 22 abril 2015 precisó que el avalista no puede oponer las excepciones del artículo 1853 Código Civil y que debe devolver las cantidades anticipadas.

⁴⁰ La STS de 7 de mayo de 2014 refuerza la posición del adquirente ya que atribuye una cierta autonomía a la figura del aval pero en el sentido siguiente: «una vez se acredita el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval», no cabe plantearse si la demora es excesiva o no, porque la ley no permite que se oponga. Incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas, y no recurrir a lo dispuesto por el artículo 1853 Código Civil.

⁴¹ ¿Cómo se ha acercado el seguro de caución a las garantías bancarias? Se ha buscado hacer inoponible frente al acreedor (el asegurado) las excepciones que pudieran surgir tanto de la relación subyacente (la existente entre el deudor/tomador y el acreedor/asegurado) como de la relación entre el deudor/tomador y la aseguradora, y ello se podría denominar como seguro de caución a primer requerimiento [vid. PORTELLANO DÍEZ, P. (2015). El seguro de caución indirecta, *Revista Española de Seguros*, núm. 161, 41].

⁴² Las SSTS de 3 de julio de 2013, de 25 de noviembre de 2014 y de 1 de junio de 2016, dejaron claro que el aval debía comprender la totalidad de las cantidades anticipadas, extenderse en el tiempo hasta que la vivienda se entregara y contara con la cédula de habitabilidad o licencia de primera ocupación.

⁴³ Si la entidad financiera hubiera considerado que su aval se había vuelto más gravoso por razón de la venta de las viviendas en construcción, debería haber pedido revelación o aseguramiento de la fianza. Al no hacerlo, hay que pensar que ha consentido expresamente el cambio de promotor. Siendo esto así, la entidad financiera no queda liberada del aval por haber asumido la promoción inmobiliaria una entidad distinta a la avalada: conoció y consintió la operación de cambio de promotor. Significa que, pese al cambio de promotor, los compradores pueden reclamar a la entidad avalista ante la falta de entrega de las viviendas compradas.

⁴⁴ El artículo 5 de la derogada Ley 57/1968 ya incluyó esta medida.

⁴⁵ El párrafo c) del número Dos de la disposición adicional primera de la LOE indica que «Será tomador del seguro el promotor, a quien le corresponderá el pago de la prima por todo el periodo de seguro hasta la elevación a escritura pública del contrato de compraventa, de adhesión a la promoción o fase de la cooperativa o instrumento jurídico equivalente». Los términos que emplea el legislador no deben ser interpretados de modo exhaustivo. Tan solo se refiere al supuesto habitual.

⁴⁶ Vid. artículos 63, 64 y 100 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁴⁷ ¿Resulta el mutuo disenso una situación equiparable a la que se produce cuando un socio se da de baja en una cooperativa? Sí, siempre y cuando se cumpla la misma condición: que la baja se produzca una vez cumplido el plazo acordado. Según al SAP de Burgos (Sección 3.^a), de 21 de octubre de 2016, que aborda el tema de la baja de un socio en una cooperativa. Si no se hubiera establecido plazo fijo de entrega, habrá que estar al estimado, pues la cooperativa está obligada a fijar un plazo de terminación y la entidad financiera está obligada a exigirlo. La falta de plazo no puede perjudicar al adquirente de la vivienda. Si de lo que se trata es de que la baja del cooperativista sea automática porque se produce la disolución y liquidación concursal de la cooperativa, entonces ni siquiera cabe hablar de mutuo disenso; ni siquiera de baja puesto que lo que el socio pasa de tener un crédito contra la masa con objeto en la adquisición, a tener un crédito ordinario con objeto en la restitución de las aportaciones anticipadas. La SAP de Burgos (Sección 3.^a), de 25 de noviembre de 2016, así lo sostiene: el avalista no responde frente al comprador en caso de que se extinga el contrato por mutuo disenso cuando este se produce antes del incumplimiento del plazo por la promotora. Significa que la extinción del contrato no se basa en el incumplimiento del mismo. Ahora bien, si lo que se produce es un incumplimiento del objeto social de la cooperativa (proporcionar a los socios viviendas), provocado por su concurso, disolución y liquidación concursal, sin que se haya producido la edificación, no existir mutuo disenso y, por tanto, no se podrá privar al comprador de la legitimación para solicitar la devolución de las cantidades anticipadas.

⁴⁸ Véase los supuestos que el legislador previó en el artículo 1291 Código Civil como ejemplo de ello.

⁴⁹ Sobre el tema DÍAZ PARDO, G. (2008). Extinción del contrato mediante la resolución y la rescisión: diferencias y semejanzas en su régimen jurídico, *Actualidad Civil*, núm. 13, 1345-1367.

⁵⁰ El párrafo a) del número Tres se refiere al término inicial o final de la obra «en los plazos convenidos que se determinen en el contrato», pero también tiene en cuenta que «no se obtenga la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o el documento equivalente que faculta para la ocupación de la vivienda» como causas que justifican la resolución del contrato.

⁵¹ La entrega se puede producir conforme a las diferentes formas admitidas por el Código Civil, aunque la habitual sea la escritura pública. Por supuesto, la STS de 5 de mayo de 2014 deja claro que no existe falta de entrega por el promotor cuando es el adquirente quien se niega a recibir la construcción, aunque esta está terminada y en disposición de ser entregada por concurrir la correspondiente cédula de habitabilidad; ello, aunque esto se produzca después de la fecha estipulada. En el mismo sentido se pronuncian las STS de 20 de enero de 2015 y 10 de septiembre de 2015.

⁵² La STS de 9 de octubre de 2013 analiza qué sucede cuando no se ha pactado expresamente el carácter esencial de la falta de licencia de primera ocupación respecto del contrato de compraventa de un bien inmueble en construcción. Si ello es motivo para impedir la resolución por incumplimiento del contrato solicitada por el comprador. O si, por el contrario, es una obligación meramente accesoria de tal forma que no pueda justificar la resolución del contrato. Y al respecto afirma que entre las lógicas expectativas del comprador está la de «recibir la cosa en tiempo, lugar y forma que se hubiera estipulado, en el estado en que se hallaba al estipularse el contrato y en condiciones para ser usada conforme a su naturaleza, pues, no en vano, la de entrega constituye la obligación esencial y más característica de la compraventa para el vendedor». Ha declarado el Tribunal Supremo que la licencia de primera ocupación «no tiene más finalidad que contrastar que se ha respetado en la realidad la licencia de construcción y si el edificio reúne las condiciones idóneas de seguridad y salubridad y puede utilizarse para el uso a que se le destina». Es un compromiso que asume el constructor-vendedor con la Administración que está obligada a expedir dicha licencia de modo reglado y no con carácter discrecional.

⁵³ En la STS de 12 de septiembre de 2016 se analiza los efectos de un contrato de compraventa anulado por vicio de consentimiento contra la entidad promotora y su aseguradora porque en el momento de suscribir el contrato de compraventa, la parte vendedora no había informado a la compradora de la existencia de un litigio que afectaba al instrumento urbanístico sobre el que se asentaba el inmueble: se pedía la nulidad del decreto del Consejo de Gobierno de la Junta de Extremadura que daba cobertura legal urbanística al complejo en el que se asentaba la vivienda. El TS sostiene que la entrega debe cumplir con las condiciones jurídicas oportunas que garanticen la posesión legal y pacífica al comprador.

⁵⁴ *Vid.*, MARTÍNEZ SANZ, F. (2010). Seguro de caución y aval para garantizar la devolución de cantidades entregadas a cuenta en caso de concurso de la promotora. En F. González Castilla y R. Marimón Durá, (dir.) *Estudios de Derecho del Mercado Hipotecario*, Valencia, Universitat de Valencia, 972 y 973.

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ El crédito del garante será concursal ordinario o crédito contra la masa (arts. 87.6. y 62.2.4.º Ley Concursal) (*Ibidem*, 975).

⁵⁷ En relación con la Ley 57/1968, la STS de 20 de enero de 2015 admitía que el comprador se dirigiese «simultáneamente contra el vendedor y su aseguradora para exigirles solidariamente la devolución de las cantidades anticipadas y, también dirigirse contra el avalista o el asegurador sin tener que demandar al promotor por incumplimiento». En la misma línea las SSTS de 3 de julio de 2013 y 7 de mayo de 2014.

⁵⁸ Conforme a este precepto, «*Expirado el plazo de iniciación de las obras o de entrega de la vivienda sin que una u otra hubiesen tenido lugar, el cesionario podrá optar entre la rescisión del contrato con devolución de las cantidades entregadas a cuenta, incrementadas con el 6% de interés anual, o conceder al cedente prórroga, que se hará constar en una cláusula adicional del contrato otorgado, especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*». En tal caso, se añade que el contrato de seguro o el aval unido al documento «*fehaciente*» en que se acredite la no iniciación de las obras o entrega de la vivienda tendrá carácter ejecutivo a los efectos previstos por la Ley para exigir al asegurador o avalista la entrega de las cantidades a que el cesionario tuviera derecho (por ej., podríamos presentar un acta notarial de presencia en el lugar de las obras que acredite que, próximo a vencer el plazo acordado o ya vencido este, las obras no están terminadas).

⁵⁹ Las SSTS de 7 de mayo de 2014 y 22 de abril de 2015 se pronuncian sobre si es necesario, o no, la previa resolución judicial del contrato de compraventa para poder demandar al garante en el ámbito de la Ley 57/1968. En cuanto al avalista el Alto Tribunal sostiene que se trata de una figura autónoma por lo que, una vez acreditado el incumplimiento tardío de la obligación garantizada por el aval, no podemos entrar en si la demora es excesiva o no, porque nada de ello permite el legislador que se oponga ya que, incumplida la obligación de entrega, el avalista debe devolver las cantidades entregadas a cuenta, debidamente reclamadas».

La entidad de crédito tiene que abonar las cantidades, «debidamente reclamadas y entregadas a cuenta», una vez incumplido el plazo de entrega de la vivienda.

⁶⁰ Cuando se produce una cesión del contrato de compraventa de vivienda hay que tener presente que el seguro debe incluir este contrato; ahora bien, se debería necesitar el consentimiento del asegurador por los cambios que se producen. Se excluye de la cobertura del seguro la mala fe del tomador del seguro y la negativa del asegurado a recibir la vivienda, una vez terminada la construcción claro está en los plazos acordados y con las condiciones pactadas; una vez obtenida la cédula de habitabilidad o calificación definitiva (no basta la provisional).

⁶¹ Ni siquiera que las cantidades entregadas por adquirente de la vivienda no estén ingresadas en una cuenta especial en una entidad de crédito. La STS de 30 de abril de 2015 exigió su devolución, aunque estuvieran en una cuenta bancaria, «sea o no la cuenta especial concertada entre el promotor-vendedor y la entidad bancaria como cuenta ligada a la línea de avales». En consecuencia, es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, y así lo recoge la STS de 13 de enero de 2015, que el hecho de no haber ingresado el comprador las cantidades anticipadas en la cuenta especial no excluye la cobertura del seguro, «dado que es una obligación que legalmente se impone al vendedor».

⁶² La acción de reclamación frente a la aseguradora debería tener establecido un plazo de prescripción de dos años, que es el que se establece para el seguro de daños en el artículo 23 Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, ya que la LOE no se ha pronunciado en otro sentido.

⁶³ En relación con el avalista que ha restituido las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda, habrá que recurrir al Código Civil, cuyos artículos 1.838 y siguientes contemplan el derecho de reembolso y la correspondiente subrogación en los derechos del acreedor.

⁶⁴ El artículo 68 de la Ley de Contrato de Seguro solo se refiere al derecho de reembolso. La subrogación no está presente en relación con el seguro de caución, como sí lo está con respecto a la fianza (arts. 1838 y 1839 del Código Civil). Sin embargo, con respecto al aval sí se produce una subrogación en el crédito del comprador. No parece oportuno sostener en vía de regreso situaciones distintas para el seguro y el aval; máxime cuando estamos ante un seguro próximo a la naturaleza de la fianza.

⁶⁵ El término prórroga se vincula más bien a la extensión de los efectos del contrato más allá de un plazo pactado no considera como esencial.

⁶⁶ Es cierto que se discute sobre si es posible o no la consignación de un bien inmueble por los efectos extintivos que esta conlleva.

⁶⁷ Ahora se incluye expresamente «*el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa*».

⁶⁸ La compradora demanda a la promotora y a la entidad bancaria en ejercicio de una acción de rescisión del artículo 3.1. de la Ley 57/1968. Pretende una condena solidaria a los efectos de restituir las cantidades entregadas a cuenta del precio más intereses desde la fecha del primer ingreso». *Se les condena en primera instancia* porque se basa en el artículo 1.2. de la Ley 57/1968: la entidad sabía que las transferencias en la única cuenta abierta en favor de la promotora se destinaban al pago de las viviendas compradas. Por tanto, estaba obligada a velar por el cumplimiento de la legalidad vigente: apertura de cuenta especial y constitución de garantías para la devolución de las cantidades entregadas. En segunda instancia se considera que no existe obligación legal que imponga a la entidad de crédito el deber de exigir la apertura de una cuenta especial por ser esto una obligación exclusiva de la promotora.

⁶⁹ En consonancia con lo dispuesto por las SSTS de 13 y 16 de enero de 2015, y de 30 de abril de 2015, en el mismo sentido STS de 9 de marzo de 2016, 1 de marzo y 23 de noviembre de 2017.

⁷⁰ Por este motivo, la STS de 30 de abril de 2015 entiende que la entidad crediticia avalista debía responder frente a los cooperativistas de viviendas no solo de los pagos anticipados ingresados en la cuenta especial, como decía el aval, sino también de todos los demás ingresados en una cuenta diferente del promotor en la misma entidad. En el mismo sentido, la STS de 15 de julio de 2005 ya consideró contrario al principio de buena fe exigir al ad-

quirente demostrar que ha cumplido con «el requisito de la entrega de cantidades anticipadas a la promotora mediante ingreso en cuenta corriente específica. Si la aseguradora «emitió el aval al pagar un plazo del precio aplazado, es evidente que la emisión estaba conectada con la entrega de la cantidad». Aunque el aval se emitió sin controlar que el ingreso del pago en la cuenta especial, es una responsabilidad imputable a la aseguradora, que no se preocupaba en absoluto por que se cumpliera lo ordenado en la Ley 57/68, y que avalaba, no obstante.

⁷¹ La STS de 30 de diciembre de 1998 ya abordó la idea de que la apertura de la cuenta especial y su correcta llevanza no era responsabilidad de los asegurados. En consecuencia, que se haya establecido el seguro caución por el promotor tiempo muy posterior al contrato de compraventa, no es impedimento para que los adquirentes puedan recuperar las cantidades entregadas.

⁷² STS de 30 de abril de 2015.

⁷³ El artículo 7 de la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude, dispone que. *«No podrán pagarse en efectivo las operaciones, en las que alguna de las partes intervinientes actúe en calidad de empresario o profesional, con un importe igual o superior a 2.500 euros o su contravalor en moneda extranjera. No obstante, el citado importe será de 15.000 euros o su contravalor en moneda extranjera cuando el pagador sea una persona física que justifique que no tiene su domicilio fiscal en España y no actúe en calidad de empresario o profesional»*. La SSTS de 24 y 29 de junio de 2016 y de 16 noviembre de 2016 liberan a la entidad receptora cuando los pagos realizados por el comprador se realizan sin posibilidad alguna de control por parte de la entidad bancaria o entidad avalista.

⁷⁴ La SAP de Burgos (sección 3.^a) de 15 enero 2014 atribuye una naturaleza extracontractual a la acción y aplica el plazo de prescripción de un año.

*(Trabajo recibido el 8-5-2018 y aceptado
para su publicación el 29-5-2018)*

DICTÁMENES Y NOTAS

Alcance del régimen de comunicación electrónica establecido por la legislación de procedimiento administrativo y del sector público en relación con las notificaciones y comunicaciones entre el Registro de la Propiedad y las Administraciones Públicas; referencia adicional al Colegio de Registradores*

Scope of the electronic communication scheme established by the legislation of administrative procedure and of the Public Sector in relation to notifications and communications between the Land Registry and Public Administrations; additional reference to the Association of Registrars

por

ANTONIO GALLARDO PIQUERAS
*Registrador de la Propiedad
Registro de la Propiedad de Álora*

RESUMEN: La nueva legislación del procedimiento administrativo y de régimen jurídico del Sector Público ha planteado graves dudas acerca del régimen

* Informe elaborado a solicitud del Colegio de Registradores.

jurídico a que deben quedar sometidas las notificaciones y comunicaciones entre los registradores de la propiedad y las Administraciones Públicas, dentro y fuera del procedimiento registral; realizando el autor una interpretación integradora entre aquellas normas de carácter administrativo y la legislación hipotecaria, de modo favorable, en la medida que lo permiten los principios hipotecarios, al propósito modernizador del legislador.

ABSTRACT: The new legislation on the administrative procedure and the legal regime of the Public Sector has raised serious doubts about the legal scheme to which notifications and communications between property registrars and Public Administrations must be submitted, inside and outside the registration procedure. The author is favorable to an integrative interpretation of those administrative rules and the registral legislation, in a favorable way to the modernizing purpose of the legislator, to the extent permitted by the registral principles.

PALABRAS CLAVE: Notificaciones electrónicas. Registrador de la propiedad. Procedimiento registral. Relaciones de sujeción especial. Principio hipotecario de prioridad. Corporaciones de Derecho Público. Colegios Profesionales.

KEY WORDS: Electronic notifications. Land Property Registrar. Registration procedure. Relationships of Special Submission. The principle of priority in Land Property Register Law. Corporations in Public Law. Professional Associations.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. NATURALEZA DE LOS REGISTRADORES Y DE LA FUNCIÓN REGISTRAL.—III. NATURALEZA DEL DERECHO-DEBER DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA.—IV. RÉGIMEN LEGAL DE LAS NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES REGISTRALES CON LA ADMINISTRACIÓN.—V. LIMITACIONES AL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA DERIVADAS DEL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE PRIORIDAD.—VI. LAS NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y EL COLEGIO DE REGISTRADORES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La entrada en vigor de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* —en ade-

lante, LPA—, y 40/2015, de 1 de octubre, de *Régimen Jurídico del Sector Público* —en adelante, LSP—, ha planteado graves dudas acerca del régimen jurídico a que deben quedar sometidas las notificaciones y comunicaciones de los registradores de la propiedad en favor de las Administraciones Públicas, dentro y fuera del procedimiento registral; y, de manera paralela, la forma en que dichas Administraciones han de dirigir sus notificaciones y comunicaciones hacia los registradores, dentro y fuera, también, del mismo procedimiento registral.

Surge el problema, básicamente, de la regla contenida en el artículo 14 —*«derecho y obligación de relacionarse electrónicamente con las Administraciones Públicas»*—, apartado 2, de la LPA, conforme al cual *«en todo caso, estarán obligados a relacionarse a través de medios electrónicos con las Administraciones Públicas para la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo, al menos, los siguientes sujetos: (...) c) Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria, para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional»*; añadiendo que *«en todo caso, dentro de este colectivo se entenderán incluidos los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles»*. Definiéndose, de este modo, ese nuevo derecho-deber de relación electrónica con la Administración por referencia a un concepto jurídico indeterminado: la actividad profesional. Noción que plantea un grave problema de delimitación de su ámbito de aplicación, de carácter especialmente acentuado en relación con los registradores de la propiedad y mercantiles, en la medida en que los mismos desarrollan una actividad de carácter jurídico-público —de verdadero ejercicio de potestades públicas— en régimen profesional de derecho privado. Un problema que ha tratado de ser resuelto desde la perspectiva exclusiva del propio concepto jurídico indeterminado utilizado por el precepto; tratando de decidir, a través del mismo, su encaje en las diversas actividades desarrolladas por el registrador, como figura de carácter híbrido, a caballo entre lo profesional y lo funcional, lo privado y lo público.

II. NATURALEZA DE LOS REGISTRADORES Y DE LA FUNCIÓN REGISTRAL

En efecto, la definición del ámbito de aplicación de aquel derecho-deber de relación con la Administración ha intentado buscarse a través del análisis de los propios registradores y la función registral que desempeñan. Tratando de decidir, dentro de una y otra, la parte del estatuto y la función registrales que han de quedar subsumidos dentro del ámbito conceptualmente indeterminado de la norma: *«la actividad profesional»* que se desarrolla como, o constituye por sí misma, un *«trámite de un procedimiento administrativo»*.

Desde esta perspectiva, los escasos trabajos dedicados hasta ahora al análisis del precepto (Informe del Colegio de Registradores y DE PABLOS O'MULLONY, 2017, 1197)¹ han partido de la naturaleza singular o especial del estatuto del registrador y la función y el procedimiento registrales para tratar de acotar el ámbito de aplicación del precepto. De un lado, el estatuto del registrador, como ha afirmado de manera constante la jurisprudencia, tiene un carácter especial o mixto, derivado de la doble condición del registrador: como funcionario público (*cfr.* art. 274 de la Ley Hipotecaria) a quien la ley atribuye el ejercicio de potestades inequívocamente públicas y como profesional que ejerce sin embargo dicha función —de calificación y llevanza o gestión de su oficina registral— de forma independiente y bajo su exclusiva responsabilidad personal (*cfr.* art. 294 de la Ley Hipotecaria).

Pues, en efecto, el sistema registral español se organiza sobre principios análogos a la gestión privada de los servicios públicos, al permanecer la oficina registral por completo ajena a la estructura organizativa interna de la Administración pública y sus necesidades presupuestarias. Administración con la que tan solo se relaciona a los puros efectos de la inspección y control del servicio público encomendado. Así lo ha reconocido, de manera expresa, la jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional —*cfr.* sentencias de 11 de mayo de 1989 y de 11 noviembre de 1999—, como del Tribunal Supremo —*cfr.* sentencias de 24 de octubre de 2000, 10 de junio de 2003, 2 de noviembre de 2006, que califica expresamente la función registral como el «*ejercicio profesional de funciones públicas en régimen de derecho privado*», 3 de enero de 2011, 9 de octubre de 2012 y 6 de noviembre de 2013—.

De esta manera, los registradores de la propiedad, a pesar de su formal inclusión dentro de un peculiar y distinto estatuto funcional público (al que no resultan aplicables, salvo de modo supletorio, las reglas generales de la función pública —*vid.*, artículos 274 y 313 de la Ley Hipotecaria—), asumen de modo directo las consecuencias económicas y jurídicas de su función, realizando de manera independiente la gestión de sus respectivos servicios registrales:

a) De una parte, «*los Registradores*» (*vid.*, art. 296 de la Ley Hipotecaria) «*responden civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen*». Están sujetos, por ello, para la reparación de los daños derivados del ejercicio de las potestades que les son encomendadas, a un régimen especial de responsabilidad civil, de carácter universal y antepuesto al del Estado, como forma de cobertura de la responsabilidad de este.

b) De otro lado, los registradores asumen de modo íntegro las consecuencias económicas de su gestión registral. Como afirma el

artículo 294 de la Ley Hipotecaria, «los Registradores percibirán los honorarios que se establezcan en su Arancel, que aprobará el Ministerio de Justicia, y costearán los gastos necesarios para el funcionamiento y conservación de los Registros». O, lo que es igual: gozan de plena independencia en la organización de sus propios servicios, percibiendo sus honorarios directamente de los propios usuarios (*vid.*, disposición adicional tercera de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de *Tasas y Precios Públicos*, Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el arancel de los Registradores de la Propiedad, y artículos 589 y ss. del Reglamento Hipotecario), realizando de manera libre, en régimen laboral ordinario, la contratación y dirección de los empleados a su servicio —*vid.*, sentencias del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 19 de marzo de 1990 y (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5), de 6 de abril de 1995— y disponiendo, de igual forma independiente, todos los medios materiales necesarios para la correcta prestación del servicio público encomendado (*vid.*, art. 357 del Reglamento Hipotecario).

c) Y, finalmente, los registradores desempeñan su función de manera igualmente autónoma, sin sujetarse en la adopción de sus decisiones de calificación a las directrices emanadas de la Administración a la que estatutariamente se encuentran vinculados. Y de ahí que «los registradores no puedan consultar directamente con la Dirección General (...) en ningún caso (...) las materias o cuestiones sujetas a su calificación» (*vid.*, art. 273 de la Ley Hipotecaria).

Esa naturaleza mixta del estatuto del registrador se traslada igualmente al ámbito del procedimiento registral, atribuyendo al mismo un carácter específico y diferenciado, tanto desde el punto de vista científico, como normativo o procedimental. Pues, aun cuando, a través del mismo, se ejercitan potestades de carácter inequívocamente público, no constituye su objeto una actividad propiamente administrativa. Y, aunque participa desde el punto de vista material de los caracteres del procedimiento de jurisdicción voluntaria, no se orienta a la simple administración del derecho privado, en la medida en que se dirige también a hacer efectivos principios u objetivos de carácter inequívocamente público.

Por lo que, en definitiva, no puede asimilarse el procedimiento registral al puro procedimiento administrativo, ni resultan aplicables a aquel las normas de este último, ni siquiera de manera supletoria (fuera de los supuestos de remisión expresa). Por lo cual, la Dirección General de los Registros y del Notariado —después de ciertas vacilaciones, en las que sostuvo contra el criterio doctrinal mayoritario la naturaleza del procedimiento registral como «procedimiento administrativo especial»²—, ha terminado por afirmar de modo categórico «la naturaleza jurídica especial del procedimiento registral y el régimen legal a

que queda sujeto»; lo que determina que «la aplicación supletoria de las normas de procedimiento administrativo al ámbito de la calificación registral no pueda aceptarse con carácter general ni de manera abstracta» y que el «acto de calificación del registrador (...) no pueda ser considerado por razón de su contenido como acto sujeto al Derecho administrativo»³. Un criterio que resulta admitido de manera casi unánime por la totalidad de la doctrina científica moderna (GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y RAGA SASTRE, N., 2010)⁴.

Y, así, partiendo de ese carácter mixto, público y privado, del estatuto del registrador y de la imposibilidad de calificar el procedimiento registral como verdadero procedimiento administrativo, se ha tratado de construir un rechazo casi general al régimen de comunicación electrónica establecido por el artículo 14 de la LPA para las notificaciones entre los registradores y la Administración. Entendiendo, así, que en el ámbito del procedimiento registral no se cumplen los dos requisitos exigidos por el artículo 14, apartado 2, de la LPA para la imposición de aquel derecho-deber de comunicación electrónica con la Administración: «la realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo», en «ejercicio de una actividad profesional» (DE PABLOS O'MULLONY, 2017, 1209)⁵.

La tesis, sin embargo, resulta poco esclarecedora. Sobre todo, porque los dos aspectos o cualidades del registrador, como profesional y como autoridad pública, aparecen imbricados o confundidos en cada acto registral. De manera que no es posible distinguir, en cada intervención del registrador, aquello que tiene carácter profesional de aquello que participa de una naturaleza estrictamente pública, con objeto de incluir y excluir uno y otro aspecto en el ámbito de aplicación de la norma —lo que, por otra parte, resulta racionalmente imposible—. Olvidando, además, que el procedimiento registral, cuando del mismo deriva la necesidad de notificar o comunicar cualquier trámite a una Administración Pública, aparece normalmente conectado de forma directa con el procedimiento estrictamente administrativo que motiva la participación de dicha Administración en la actividad registral —tal como ocurre, póngase por caso, en el procedimiento de ejecución administrativa o el de disciplina urbanística—. De manera que, hallándonos en presencia de dos procedimientos interrelacionados, uno registral y otro administrativo, no se acierta a descubrir por qué razón ha de preferirse el régimen de notificación y comunicación establecido privativamente para solo uno de ellos —el registral—.

III. NATURALEZA DEL DERECHO-DEBER DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA

La cuestión, sin embargo, resulta más sencilla de desentrañar si se modifica la perspectiva, dentro del análisis. Esto es, si la delimitación del ámbito

de aplicación de la norma se realiza atendiendo preferentemente a los fines del propio precepto y la naturaleza de la relación que el mismo establece entre los sujetos especial y directamente obligados, por la ley, a la comunicación electrónica y la Administración. Un análisis que, sin perder de vista la naturaleza del estatuto de los registradores y el procedimiento registral, permitirá determinar con mayor precisión el ámbito de aplicación de la obligación legal de comunicación electrónica.

Como resulta a simple vista, el artículo 14 de la LPA establece un régimen obligatorio de comunicación en forma electrónica para determinados sujetos, por razón de su mayor capacitación técnica o profesional o sus mayores posibilidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación: *las personas jurídicas, las entidades sin personalidad jurídica, los profesionales sujetos a colegiación obligatoria* —y, dentro de ellos, *los notarios y registradores de la propiedad y mercantiles*—, *los empleados públicos y los representantes* de cualquiera de los anteriores. Estableciendo con ello, para tales sujetos, un régimen jurídico de mayor intensidad en la cooperación con la Administración dentro del procedimiento administrativo —la denominada labor administrativa del administrado—, en beneficio del interés público implícito en aquel.

La Ley impone, de este modo, obligaciones de carácter especial o de una intensidad mayor para aquellos sujetos dentro del procedimiento administrativo; configurando con ello, respecto de los mismos, una situación muy semejante a las denominadas «relaciones de sujeción especial»; aquellas que surgen, dice la doctrina (GALLEGO ANABITARTE, 1961, 11; GARCÍA MACHO, 1992; LÓPEZ BENÍTEZ, 1994; LASAGABASTER HERRARTE, 1994)⁶, en los supuestos en que el régimen de sometimiento o sujeción de un ciudadano respecto de la Administración tiene una especial intensidad —como típicamente ocurre con los funcionarios, los presos, los militares, etc.—.

Las relaciones de sujeción especial constituyen, dice MAYER —uno de los padres de la doctrina—, el «estado de libertad restringida» que surge para tales administrados, no tanto por razón de la relación en sí, cuanto por la intensidad de la sujeción que la misma determina, que no es la común de los restantes ciudadanos. Elaborándose la categoría, precisamente, como instrumento de análisis y control de las restricciones a la libertad, derivadas de aquel mismo estado de sujeción.

La mayor parte de la doctrina (LÓPEZ BENÍTEZ, 1994, 161-162)⁷, sin embargo, exige para la aparición conceptual de tales relaciones jurídico-administrativas la existencia de una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda el mismo sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de

garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación. No surge, por ello, en aquellas situaciones que permanecen extramuros de la esfera administrativa o están relacionadas con esta solo de manera efímera, como por ejemplo las que derivan de la utilización del dominio público o las concesiones de servicios públicos, de quienes participan en espectáculos taurinos o quienes promueven viviendas de protección oficial. La relación especial de sujeción, como categoría, requiere que se generen «relaciones *uti singuli* en las cuales el usuario sienta la necesidad de integrarse efectiva y duraderamente en la esfera organizativa de la Administración para poder recibir las ventajas que el servicio representa»⁸. Una exigencia que, por la generalidad de la imposición introducida por el artículo 14.2 de la LPA —tanto objetiva (para todo procedimiento administrativo), como subjetiva (para todos los empleados públicos, todos los profesionales y todas las personas jurídicas)—, tal vez haga difícil hablar en sentido estricto de verdadera relación especial de sujeción. Lo cual, sin embargo, no resta utilidad a nuestro análisis.

La relación especial de sujeción o, en general, la imposición de cualesquiera regímenes de limitación en el disfrute de los derechos de los administrados, como consecuencia de las circunstancias particulares concurrentes en alguna categoría de los mismos —aunque tales restricciones no alcancen el rango conceptual de las relaciones especiales de sujeción— constituye un régimen de excepción o limitación a los derechos fundamentales, por razón de la concurrencia de específicas necesidades respecto de los sujetos sometidos y dentro del ámbito dominado por la relación (BRAGE, 2004)⁹. Son, por ello, una vía de realización de las limitaciones impuestas por el interés general a los sujetos especialmente obligados, dentro de la relación vertical que les liga a la Administración —la relación administrativa que constituye, por cierto, el objeto propio de la LPA—. Unas limitaciones que se justifican en la prevalencia del interés público al que se orienta la Administración, dentro de la peculiar estructura de supra-subordinación que resulta de la relación jurídico administrativa, como expresión formalizada del ejercicio de una potestad —*imperium*— correspondiente a la misma Administración. Limitaciones que, por esa misma razón, no son predicables —y no pueden por lo mismo imponerse— de las relaciones de puro carácter horizontal que ligan a distintas Administraciones o poderes públicos del Estado entre sí —y que son objeto de regulación, fuera de la LPA, en la LSP—.

De manera que, cualquiera que sea la decisión que conceptualmente se adopte sobre la naturaleza de las limitaciones impuestas por el artículo 14.2 de la LPA, el carácter esencial de las mismas, como restricción o modalización del derecho fundamental, lleva por fuerza a una conclusión inmediata: estamos ante limitaciones impuestas a los sujetos obligados —imponiendo a los mismos la necesidad

de comunicarse de manera electrónica con la Administración— que solo pueden surgir cuando esos mismos sujetos participan en el procedimiento administrativo como administrados; esto es, cuando intervienen en dicho procedimiento en calidad de verdaderos «interesados» (MENÉNDEZ SEBASTIÁN, 2017)¹⁰.

De todo lo cual se sigue, en fin, que las limitaciones impuestas por el precepto, como parece desprenderse sin dificultad de su propia dicción literal, solo resultan aplicables a los sujetos obligados cuando los mismos intervienen como «interesados» dentro del procedimiento administrativo. No resultarán aplicables, por ello, aun cuando estemos en presencia de «personas jurídicas», si las mismas constituyen entes jurídico-públicos que participan en relaciones interadministrativas de carácter horizontal; ni cuando se trate de «empleados públicos», si los mismos se comunican con otra u otras Administraciones distintas a aquella de la que dependen o se hallan adscritos; ni, en fin, cuando se trate de «registradores de la propiedad», cuando los mismos ejerciten las potestades públicas que les atribuye el ordenamiento jurídico como gestores del servicio público registral. Pues en tales supuestos desaparece la razón fundamental de la protección; en el primero y último caso, porque estamos en presencia de relaciones interadministrativas de carácter horizontal; consecuencia, en el caso de los registradores, del ejercicio por estos de verdaderos actos de *imperium*, mediante los cuales un poder público determinado —el Registro, como órgano o institución, personificado en el registrador de la propiedad, como titular— ejerce la potestad pública que la ley le atribuye. Actos de poder —o potestad registral— a los que no resultará de aplicación, por tanto, el régimen contenido en el artículo 14.2 de la LPA y que deberán continuar sujetándose, en principio, a las normas rectoras del procedimiento registral.

A tal fin, ha de entenderse que el ejercicio de tales potestades públicas «registrales» tiene lugar en la realización de cualesquiera actuaciones o trámites que formen legalmente parte del procedimiento registral. En ninguna de tales actuaciones el registrador ostentará la condición de interesado en ningún procedimiento administrativo, aun cuando dicho trámite registral consista en la realización de notificaciones o comunicaciones en favor de cualesquiera Administraciones Públicas.

La naturaleza de trámite o actuación registral se extiende, en definitiva, a todas las notificaciones y comunicaciones en favor de cualesquiera Administraciones o autoridades que deban legalmente ser realizadas en el seno de cualesquiera procedimientos registrales, esto es, de modo puramente enunciativo:

- a) de presentación, calificación, inscripción y despacho de los títulos en el Registro;
- b) de expedición de publicidad formal;
- c) de jurisdicción voluntaria, para la incorporación de descripciones gráficas, rectificaciones descriptivas, deslindes, inmatriculación, reanudación de

tracto, liberación de cargas y subsanación de la doble o múltiple inmatriculación (*cfr.* arts. 9 y 199 y ss. de la Ley Hipotecaria);

d) de ejecución judicial, extrajudicial o administrativa, respecto de todas las notificaciones o comunicaciones que deban ser realizadas por el registrador, como medio de cooperación a la efectividad de la ejecución, en favor de Administraciones Públicas —*cfr.* artículos 656 de la Ley de Enjuiciamiento civil, 111 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 135 de la Ley Hipotecaria (si se estimara que este último resulta aplicable al procedimiento administrativo de ejecución)—;

e) de carácter urbanístico, en materia de expropiación urbanística (*cfr.* arts. 44.2 y 45.3 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana*), parcelación o reparcelación de fincas, declaración de obras nuevas, constitución de regímenes de propiedad horizontal o conjuntos inmobiliarios (*cfr.* art. 63.3 de la misma Ley), obras nuevas inscritas por transcurso del plazo de ejercicio de la acción de disciplina urbanística (*cfr.* arts. 28.4b de la misma Ley y 54 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, *por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística*), en caso de segregaciones y divisiones (*cfr.* art. 79 del mismo Real Decreto) y las impuestas por la legislación de las Comunidades Autónomas;

f) de carácter agrario, impuestas de unidades mínimas de cultivo (*cfr.* art. 80 del mismo Real Decreto 93/1997);

g) a la autoridad central española, elevando solicitudes de información sobre el Derecho extranjero (*cfr.* art. 35.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, *de cooperación jurídica internacional en materia civil*);

h) a otros registradores, en el procedimiento de calificación sustitutoria (*cfr.* art. 19 bis de la Ley Hipotecaria) o en caso de presentación de documentos en Registro distinto del competente (*cfr.* art. 418.b del Reglamento Hipotecario);

i) para la defensa de bienes o intereses públicos y como consecuencia de la tramitación de cualquier procedimiento registral —o para provocar la tramitación del mismo, en defensa de ese mismo bien— (*cfr.* arts. 38, 39 y 63.2 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, *del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, 7.5 de la Ley 7/2012, 15 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, *de Costas*, 23, 58 y disposición adicional primera del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, *por el que se aprueba el Reglamento General de Costas*, 43 del Real Decreto 689/1978, de 10 de febrero, *por el que se aprueba el Reglamento de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, que desarrolla la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional*, 22 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, *de Montes*, 69 del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, *por que se aprueba el Reglamento de Montes*, 86.4 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, y 39 de la ley 33/2003 y 36 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales);

j) a la Dirección General de Catastro, establecidas en la legislación hipotecaria y catastral —como complemento, en todo caso, del procedimiento registral (*cf.*, básicamente, artículos 9 y 10 de la LH y 14, 18 y 36 del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario*¹¹)—;

k) a cualesquiera Administraciones Públicas, derivadas de la aplicación del arancel de facturación de los servicios registrales (*cf.* Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, *por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad*);

l) a cualesquiera Administraciones Públicas, derivadas de los recursos interpuestos frente a cualquier negativa del registrador —a presentar, calificar, inscribir, expedir publicidad o, en general, acceder a la prestación de cualquier servicio registral—; y

m) Aun cuando no forme parte del procedimiento registral, a las autoridades tributarias de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de la gestión y liquidación de los tributos cedidos, actuando los registradores en su condición de liquidadores de distrito hipotecario; con sujeción, en todo caso, a las normas de organización y funcionamiento establecidas por la correspondiente Comunidad Autónoma.

Por lo que, en definitiva, parece a primera vista que las notificaciones y comunicaciones de los registradores en favor de cualesquiera Administraciones Públicas, consecuencia de la tramitación de cualquier procedimiento registral, han de continuar sujetándose en principio a su propio y particular régimen legal, establecido por la legislación hipotecaria (DE PABLOS O'MULLONY, 2017, 1207 a 1210)¹². Pues tan solo resulta de aplicación el régimen especial de limitación impuesto por el artículo 14.2 de la LPA en los supuestos en que el registrador interviene como interesado en cualquier procedimiento administrativo; y ello, ya lo haga en su condición de profesional, ya en el de funcionario, a estos efectos tanto da —dado el tenor del apartado e) del mismo artículo, relativo a los empleados públicos, en cuyo concepto, partiendo del sentido y finalidad de la regla, deben entenderse a este efecto comprendidos los registradores, como funcionarios públicos—.

Quedando por tanto, a título enunciativo, sujetas al régimen del artículo 14.2 de la LPA las notificaciones y comunicaciones realizadas:

a) A la Dirección General de los Registros y del Notariado —en materias propiamente funcionariales (no profesional), al amparo de la letra e) del ar-

título 14.3—¹³; así, respecto de las certificaciones trimestrales y semestrales, ausencias y licencias, recursos gubernativos, prórrogas del plazo de calificación, estadísticas registrales, traslado de oficina o cierre temporal por fuerza mayor, concursos de traslados, solicitudes de excedencia o reingreso, participación en procedimientos de demarcación, segregación o división de registros o traslado de capitalidad, permutas y expedientes disciplinarios, actas de cese y toma de posesión, etc.

b) A cualesquiera Administraciones Públicas, cuando el registrador, como titular del servicio, se relacione con las mismas, fuera del procedimiento registral —así, por ejemplo, en la solicitud de permisos, licencias o autorizaciones de todo tipo, en la imposición de sanciones, consecuencia del ejercicio de la actividad profesional o en el cumplimiento de toda clase de obligaciones de carácter administrativo (singularmente, la Seguridad Social)—.

IV. RÉGIMEN LEGAL DE LAS NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES REGISTRALES CON LA ADMINISTRACIÓN

La necesidad de ajustar el régimen de notificaciones y comunicaciones registrales con la Administración Pública a la legislación registral especial, con exclusión del régimen normativo específico del artículo 14.2 de la LPA, no puede llevarnos sin embargo a creer que los registradores puedan desenvolverse en sus relaciones con los entes administrativos de espaldas por completo al proceso de modernización e informatización de la Administración.

No es este, sin duda alguna, el sentido del proceso de reformas al que aparece sometida la Administración española, cuyos beneficios para el conjunto de los ciudadanos solo pueden producirse de modo completo si al mismo se incorpora la totalidad de los poderes del Estado. Como se desprende de los Preámbulos de ambas Leyes —LPA y LSP— y de sus antecedentes legislativos¹⁴, la nueva regulación tiene como objetivo esencial lograr la generalización del uso de medios electrónicos por parte de las Administraciones Públicas, en toda su esfera de actuación y sus relaciones con los ciudadanos. Una pretensión que alcanza a todo el ámbito de actuación de las Administraciones Públicas, tanto respecto de los administrados, como en las relaciones entre sí. A cuyo fin, la norma regula de modo omnicompreensivo todo el conjunto de elementos o instituciones dirigidos a facilitar la comunicación administrativa electrónica general: la sede electrónica de las Administraciones Públicas, la actuación administrativa automatizada, la firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones Públicas, los sistemas de firma para dicha actuación administrativa automatizada, el intercambio de datos en entornos cerrados de comunicación, el archivo electrónico de documentos, etc.

Una regulación omnicompreensiva que trata de refundir la regulación fragmentaria anterior —integrada básicamente por la Ley 11/2007, de 22 de junio, *de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, *de Economía Sostenible*, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, *de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, y la Ley 20/1013, de 9 de diciembre, *de garantía de la unidad de mercado*— con objeto de implementar de manera transversal y completa el uso de las tecnologías de la comunicación en las relaciones entre las Administraciones Públicas y entre estas y los ciudadanos, estableciendo la generalización de la tramitación electrónica de los procedimientos y la preferencia por la notificación y comunicación electrónicas. Estableciendo, a tal fin, el artículo 3 —«*principios generales*»—, apartado 2, de la LSP, que «*las Administraciones Públicas se relacionarán entre sí y con sus órganos, organismos públicos y entidades vinculados o dependientes a través de medios electrónicos, que aseguren la interoperabilidad y seguridad de los sistemas y soluciones adoptadas por cada una de ellas, garantizarán la protección de los datos de carácter personal, y facilitarán preferentemente la prestación conjunta de servicios a los interesados*».

En cualquier caso, no puede perderse de vista que, en el ámbito de las relaciones interadministrativas —en este caso de carácter *sui generis*, entre la Administración y el Registro—, cada uno de los dos términos de la relación se encuentra en pie de igualdad. Y, si bien es cierto que los registradores no aparecen incluidos en la taxonomía de entidades o poderes públicos que realiza el artículo 2 de la LSP y no resultan, en principio, sujetos a las normas contenidas en el mismo, el otro término de aquella misma relación horizontal —la Administración— sí queda plenamente sujeto al régimen holístico de comunicaciones y, en general, funcionamiento electrónico impuesto por la Ley. No existen razones, por ello, para preferir, en el seno de tales relaciones horizontales o de equilibrio, el régimen de uno de los dos poderes públicos partícipes en la relación. O, por mejor decir, teniendo en cuenta el espíritu y finalidad de la regulación legal (NICOLÁS LUCAS, 2016)¹⁵, parece muy poco razonable imponer el régimen tradicional de comunicación manual establecido por la legislación hipotecaria, frente al general o universal de carácter electrónico establecido para la Administración. El sentido común parece inclinarse precisamente por la solución contraria.

Sobre todo, teniendo en cuenta que, de acuerdo con la propia legislación hipotecaria, el régimen de notificaciones y comunicaciones registrales en favor de la Administración Pública no es el establecido de modo general para cualquier interesado en el procedimiento registral. Por el contrario, la ley

establece para las mismas un sistema de carácter estricta y específicamente electrónico, buscando la aplicación de un régimen análogo de modernización y tecnificación en las relaciones con la Administración. A cuyo fin, el artículo 112 —*«presentación de títulos por vía telemática en los Registros de la Propiedad, Mercantiles o de bienes muebles»*—, apartado 5, regla 2^a, de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* (tras su reforma por el artículo vigésimo séptimo —*«impulso a la tramitación telemática»*— de la Ley 24/2005, de 18 de noviembre, de *reformas para el impulso a la productividad*), establece que *«respecto de la presentación de documentos judiciales, administrativos o privados que puedan causar inscripción en los diferentes Registros se estará a las siguientes reglas: (...) 2.ª En el caso de documentos administrativos, la Administración Pública que pretenda inscribir aquellos deberá utilizar técnicas y medios electrónicos informáticos y telemáticos que garanticen la identificación de la Administración actuante y el ejercicio de sus competencias»*; añadiendo el inciso final que, *«en cualquier caso, los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos utilizados deberán ser aprobados por la Administración correspondiente»*.

Todo lo cual, en definitiva, impone la necesidad de utilizar procedimientos y medios electrónicos para la práctica de las notificaciones y comunicaciones entre los Registros de la Propiedad y las Administraciones Públicas (DE PABLOS O'MULLONY, 2017, 1209)¹⁶. Medios que, preferentemente, habrán de ser puestos a disposición de ambas partes, registradores y Administración, a través de la suscripción de los correspondientes convenios de colaboración —*cfr.* artículos 44, apartado 3, 47 y sigs. de la LSP— que *«posibiliten la interconexión de sus redes con el fin de crear una red de comunicaciones que interconecte los sistemas de información»* —*cfr.* artículo 155, apartado 3, por analogía—. Entretanto, sin embargo, la Administración y los registradores deberán realizar sus notificaciones y comunicaciones de manera directa, utilizando los sistemas electrónicos de comunicación establecidos por ambas entidades, Registro y Administración, en la medida de lo posible; esto es, siempre y cuando dicha comunicación electrónica pueda verificarse de modo directo, en ausencia de convenio específico, sin alterar sustancialmente el funcionamiento de los procedimientos administrativos y registrales relacionados entre sí. Lo que, como veremos a continuación, por la peculiar organización del Registro y los efectos materiales de la inscripción, excluye la posibilidad de realizar la comunicación electrónica directa de documentos administrativos que puedan provocar la práctica de asiento de presentación en el Registro, mediante los procedimientos ordinarios de comunicación desde la sede electrónica de la correspondiente Administración —sin la previa celebración y puesta en práctica de un previo convenio de interrelación entre el Registro y la Administración correspondiente—.

V. LIMITACIONES AL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA DERIVADAS DEL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE PRIORIDAD

Como es bien sabido, el conflicto entre dos o más derechos sobre un mismo objeto tiene una diferente respuesta por el ordenamiento jurídico según se trate de derechos reales o derechos de obligación. Dentro de este último ámbito (los derechos de crédito), el conflicto se produce cuando el patrimonio del deudor no resulta suficiente para la satisfacción de todas las deudas asumidas por el mismo. En tal caso, el ordenamiento soluciona el conflicto en torno al principio de la *pars conditio creditorum*, imponiendo un parcial sacrificio de los distintos créditos concurrentes, en proporción a su importe —sin perjuicio del establecimiento, por la ley, de determinadas preferencias en favor de créditos singulares¹⁷—.

Por el contrario, el problema derivado de la concurrencia entre dos o más derechos reales sobre un mismo bien, cuando los mismos resultan incompatibles o contradictorios entre sí, no puede resolverse en beneficio y sacrificio parcial de todos ellos de manera simultánea. La inmediatividad —o contacto inmediato y directo del titular del derecho con la cosa, objeto del mismo— y la absolutividad —o efectividad del derecho frente a todos, *erga omnes*—, como elementos esenciales del derecho real, impiden ese sacrificio parcial. Solo uno de los derechos en conflicto, por tanto, puede recibir la protección del ordenamiento jurídico; una preferencia que, desde el Derecho Romano, se organiza en torno a la idea de temporalidad: la preferencia en función del tiempo de constitución de cada uno de los derechos reales concurrentes, reflejada en la vieja máxima *prior tempore, potior iure*.

En el ámbito del Registro de la Propiedad —cuyo objeto propio, como es bien sabido, está constituido por los derechos reales inmobiliarios—, ha de aplicarse ese mismo criterio de preferencia, de carácter absoluto, entre derechos incompatibles o excluyentes. Es el llamado principio hipotecario de prioridad, el cual, por los efectos protectores que la inscripción está llamada a producir, toma como referencia temporal, a los efectos de determinar la preferencia entre los distintos derechos en conflicto, la fecha del acceso de los mismos al Registro. De manera que, dice Roca Sastre (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, 1)¹⁸, en virtud del principio hipotecario de prioridad, «el acto registrable que primeramente ingrese en el Registro de la propiedad se antepone con preferencia excluyente o superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiere sido presentado en el Registro o lo hubiere sido con posterioridad, aunque dicho acto sea de fecha anterior» —*cfr.* artículo 17 de la Ley Hipotecaria—.

Para la institución registral, por ello, el momento exacto de acceso de los títulos al Registro tiene una relevancia substancial: determina, no solo el comienzo de los efectos de la protección registral en favor del derecho inscrito,

sino, junto a él, el sacrificio de cualquier otro derecho que resulte incompatible o contradictorio y pretenda su acceso al Registro con posterioridad; provocando, en el primer caso (incompatibilidad), el cierre del Registro para el derecho posterior, o atribuyendo, en el segundo caso (contradicción), rango o valor preferente al derecho primeramente inscrito, frente al presentado a inscripción en segundo lugar.

El orden de presentación o acceso de los títulos al Registro tiene, por ello, una importancia esencial —*cfr.* artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria—. Debiendo los registradores, a tal fin, dejar constancia rigurosa o formal de dicho orden mediante el correspondiente asiento en el Libro Diario de Presentación —*cfr.* artículos 249 de la Ley Hipotecaria y 416 y ss. de su Reglamento—; cuya confección o llevanza aparece facilitada por el denominado Libro de Entrada —*cfr.* artículo 417 del Reglamento Hipotecario—, en el que, de modo inmediato, se toma razón de cada documento en el instante mismo de su acceso, evitando cualquier omisión o error en la confección posterior del Libro Diario.

Tratándose de documentos electrónicos, remitidos al Registro en forma telemática, la ordenación temporal de los títulos, por razón del momento exacto de su acceso al Registro, no puede ser realizada de forma manual, mediante la extensión de los correspondientes asientos en los Libros, de Entrada y Diario, en la forma tradicional. Por el contrario, dada su forma automática de acceso, debe ser el sistema informático del Registro el que establezca el orden de ingreso de los títulos electrónicos, por referencia al momento exacto de su llegada o presentación —*cfr.* artículo 248 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual (*vid.* apartado 3.1^a) es «*el sistema telemático de comunicación*» el que debe «*generar un acuse de recibo digital mediante un sistema de sellado temporal acreditativo del tiempo exacto con expresión de la unidad temporal precisa de presentación del título*»—. Pues el documento electrónico no está en cola, no espera turno, llega de modo automático y tiene, por ello, que ser inmediatamente colocado dentro del orden que le corresponda respecto del resto de documentos, tanto físicos como electrónicos, presentados de manera coetánea.

De este modo, la intervención del sistema informático, de recepción y ordenación secuencial o temporal de los títulos por referencia al momento exacto de presentación de cada uno, tiene una importancia absolutamente capital. La presentación electrónica de los títulos en el Registro debe ser realizada siempre mediante la intervención del sistema informático registral, como portal único y necesario de acceso de la documentación a los libros. No puede permitirse otra forma de recepción de los documentos electrónicos —mediante, por ejemplo, la remisión de aviso al Registro y la posterior recogida del título, a través del acceso manual del operador registral a la sede electrónica de la Administración presentante¹⁹—. Ello conduciría a alteraciones del orden de presentación incompatibles con la esencia del principio hipotecario de prioridad, en perjuicio de la propia Administración presentante y de los terceros.

Por todo lo cual, en definitiva, solo resultará admisible la notificación o comunicación electrónica realizada por la Administración al Registro de la Propiedad, si la misma se produce a través de los sistemas telemáticos de este último, de manera que el documento administrativo electrónico, remitido en forma telemática, quede plena y perfectamente integrado en los sistemas informáticos registrales de modo inmediato y directo —tal como, para los notarios, sucede desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*, y tal como, para la propia Administración, se desprende sin duda del artículo 112, apartado 5, regla 2ª, de la misma ley, antes referido—. A cuyo fin, resulta extraordinariamente conveniente celebrar con las distintas Administraciones Públicas los convenios que faciliten dicha integración, con objeto de facilitar el acceso automático y directo de los documentos administrativos electrónicos al Registro en forma telemática (eliminando la necesidad de intervención manual por parte del funcionario correspondiente para acceder al sistema o portal informático de acceso de los registradores). Convenios que, dada la importancia que el legislador atribuye a su propósito modernizador, deberán ser tramitados por el Colegio de Registradores con la máxima celeridad.

Por lo que, en definitiva, en ausencia de convenios, podrá —en puridad, como hemos visto, deberá— acudir a la realización de comunicaciones y notificaciones electrónicas en ambas direcciones: desde el Registro hacia las Administraciones, en la forma prevista por cada una de ellas —normalmente, su sede electrónica²⁰—, de conformidad con las normas de las LPA y LSP; y de manera inversa, desde la Administración al Registro, utilizando como canal de recepción o entrada del documento al Registro el sistema informático registral, como portal necesario para el acceso de la documentación a los libros. De manera que, en tanto no se organice convencionalmente un régimen de integración diferente y más automatizado entre los respectivos sistemas informáticos, el acceso al Registro en forma electrónica debe realizarse siempre a través del portal de los registradores, junto con el resto de documentos objeto de presentación registral. Una necesidad que ha de predicarse respecto de los documentos administrativos de cualquier clase, ya se trate de documentos que hayan de ser finalmente inscritos o de otra naturaleza, pues solo el registrador, en ejercicio de su potestad exclusiva de calificación —en virtud del principio hipotecario de legalidad (*cf.* art. 18 de la LH)—, puede decidir a la postre, una vez remitido y recibido el documento en el Registro, su posibilidad de acceso a los libros y, con ella, la necesidad de su presentación formal.

VI. LAS NOTIFICACIONES Y COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN Y EL COLEGIO DE REGISTRADORES

La doctrina administrativa ha discutido desde antiguo acerca de la verdadera naturaleza de las Corporaciones de Derecho Público, en general, y los Colegios

Profesionales en particular. Frente a la tesis tradicional o iuspublicista, conforme a la cual los Colegios Profesionales son personas jurídico-públicas, integradas en la organización del Estado, como parte de la Administración Pública institucional (GARRIDO FALLA, ENTRENA CUESTA, BAENA DEL ALCÁZAR y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ), se han formulado otros criterios más alejados de lo estrictamente público: así, la tesis privatista, para la cual los Colegios Profesionales tienen el carácter de corporaciones sectoriales de base privada, a las que la ley atribuye determinadas funciones de carácter público (GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ), y la tesis mixta, en virtud de la cual los Colegios Profesionales tienen el carácter de personas jurídico-públicas, aunque no puedan ser encuadradas en la organización estatal y deban ser consideradas «separables» de la Administración del Estado —ARINO ORTIZ y SOUVIRÓN MORENILLA— (CALVO SÁNCHEZ, 1998)²¹.

La jurisprudencia constitucional, por su parte, tampoco ha ayudado a resolver el problema. Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional tan solo aportan soluciones parciales y muchas veces contradictorias. No resuelven siquiera el problema de la adscripción de dichas corporaciones a la Administración Pública, pues mientras en algunas sentencias el Tribunal Constitucional se inclina por la solución positiva, al afirmar que, *«aunque orientadas primordialmente a la consecución de fines privados, propios de los miembros que las integran, tales Corporaciones participan de la naturaleza de las Administraciones públicas»* —cfr. Sentencia 76/1983, de 5 de agosto²²—, en otras opta por negar su integración en la Administración del Estado. Así, aun acogiendo, con *«la inmensa mayoría de la doctrina»*, la *«concepción mixta o bifronte que, partiendo de una base asociativa, nacida de la misma actividad profesional titulada (a esta se refieren casi todos los Colegios Profesionales), consideran los Colegios como corporaciones que cumplen a la vez fines públicos y privados, pero integrados siempre en la categoría o concepto de Corporación, al que, al hablar de las personas jurídicas, ya se refería el artículo 35 del Código Civil, que separa «las Corporaciones, Asociaciones y Fundaciones de interés público reconocidas por la Ley» de las «Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales...»*, distinguiendo así las Asociaciones de interés público, las Asociaciones de interés particular y las Corporaciones, siendo estas siempre de carácter público o personas jurídicas públicas», afirma igualmente que no puede llegarse *«a concluir que esas Corporaciones se integran en la Administración, ni tampoco que puedan ser consideradas como entes públicos descentralizados, pero sí que es justamente por cumplir, al lado de los privados, fines públicos, por lo que se hace preciso la intermediación legal»* —cfr. Sentencia 89/1989, de 11 de mayo²³—.

No es este, desde luego, el lugar adecuado para tratar de resolver un problema que ha perseguido a la doctrina y la jurisprudencia desde antiguo. Tampoco lo hace la nueva legislación administrativa, que mantiene a las Corporaciones

de Derecho Público y, dentro de ellas, a los Colegios Profesionales bajo el signo de la indefinición. Así, por un lado, la LSP parece excluirlas del ámbito de lo estrictamente público, al no mencionarlas siquiera como parte de dicho sector —pues no aparecen comprendidas en el artículo 2—; quedando más tarde despejadas, en el artículo 84, las dudas que pudieran surgir en torno a su inclusión, como parte de la Administración institucional, en la categoría de «*entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas*» —mencionadas en el apartado 2, letra b, del mismo artículo—; pues aquel precepto, al desgranar pormenorizadamente las entidades integrantes de ese mismo sector público institucional estatal, no menciona siquiera a las Corporaciones de Derecho Público.

Por el contrario, el artículo 2 de la LPA, al definir el «*ámbito subjetivo de aplicación*» de la propia norma, sí hace referencia expresa a las Corporaciones de Derecho Público; aunque, eso sí, manteniendo aquel mismo signo de indefinición, pues, aunque incluye parcialmente a las mismas dentro del ámbito de aplicación de la Ley, al mismo tiempo las excluye formalmente del concepto de «*sector público*»; mencionándolas de este modo con el objetivo, estrictamente práctico, de definir el régimen jurídico particular de tales entidades. Afirmando, así —*cf.* apartado 4—, que «*las Corporaciones de Derecho Público se regirán por su normativa específica en el ejercicio de las funciones públicas que les hayan sido atribuidas por Ley o delegadas por una Administración Pública, y supletoriamente por la presente Ley*».

De todo lo cual se deduce, a los mismos efectos prácticos perseguidos por la Ley, que, cualquiera que sea la verdadera naturaleza de las Corporaciones de Derecho Público y su formal inclusión o exclusión del ámbito de lo público —el sector público—, su régimen legal está integrado por varias normas en cascada: las normas específicas rectoras del régimen y ejercicio de las funciones públicas atribuidas a las mismas —por ley o por delegación— y, supletoriamente, la LPA —no en principio la LSP, dada la ausencia en la misma de toda referencia a las Corporaciones de Derecho Público—.

Lo que, en el ámbito de los Colegios Profesionales y, en especial, el Colegio de Registradores, lleva a varias conclusiones inmediatas, en punto al deber de realización de notificaciones y comunicaciones electrónicas:

A. Las comunicaciones y notificaciones entre el Colegio de Registradores y los registradores, tanto en el ámbito de la actuación profesional de los mismos, como en su condición de funcionarios públicos, deberá continuar ajustándose al régimen general de la legislación hipotecaria. Y lo mismo cabe predicar respecto de las notificaciones y comunicaciones que el Colegio de Registradores ha de realizar en favor de los terceros, como destinatarios de servicios registrales en los que dicho Colegio deba tomar parte. Pues es la legislación hipotecaria la norma preferente, como régimen estatutario de la entidad y como norma básica

de ejercicio de las funciones públicas encomendadas, a la que deberá ajustarse la actuación del Colegio, de conformidad con el artículo 2 de la LPA.

Son múltiples, dentro de dicho ámbito, las funciones del Colegio de Registradores que continúan sujetas al régimen ordinario de comunicación establecido por la Ley Hipotecaria. Así, a título enunciativo:

- a) La elaboración y mantenimiento de la aplicación informática única de gestión, integrada con el Catastro (*cfr.* arts. 9 de la LH, 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social* y 398d del RH);
- b) La elaboración de informes para los registradores, en especial en el ámbito de la calificación sustitutoria (*cfr.* art. 19.bis.5ª de la LH);
- c) La elaboración y gestión del Índice General Informatizado de fincas y derechos (*cfr.* arts. 222 de la LH y 398c del RH);
- d) La prestación de servicios de información o asesoramiento a los consumidores (*cfr.* art. 258 de la LH);
- e) La realización de funciones de inspección y vigilancia de los Registros (*cfr.* arts. 267 de la LH y 468 del RH);
- f) La intervención en funciones disciplinarias (*cfr.* art. 315 de la LH);
- g) El establecimiento y gestión de la red privada telemática de interconexión con notarios y autoridades, judiciales y administrativas (*cfr.* art. 107 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*);
- h) La prestación de los servicios de certificación de firma electrónica, que acredite la condición de registrador, y el establecimiento de una fuente única de sellado de tiempo sincronizada para los Registros (*cfr.* art. 108 y disposición adicional vigésima sexta de la misma Ley 24/2001);
- i) El establecimiento y gestión del Sistema de Información corporativo del Colegio de Registradores (*cfr.* art. 112 de la misma Ley 24/2001);
- j) La asignación de una dirección de correo electrónica a los registradores (*cfr.* disposición transitoria vigésima de la misma Ley 24/2001);
- k) El sellado de papel para certificaciones registrales (*cfr.* art. 350 del RH);
- l) Confeción y suministro de los Libros del Registro de la Propiedad (*cfr.* art. 363 del RH);
- m) La realización de funciones arbitrales entre los registradores (*cfr.* arts. 409, y 485g del RH);
- n) Intervención en materia de demarcación, licencias, ausencias, permutas, excedencias, etc. (*cfr.* arts. 482 y ss. y 552 del RH);
- ñ) La resolución de recursos en materia arancelaria (*cfr.* norma 6ª del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, *por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad*);
- o) La gestión del servicio de Responsabilidad Civil de los registradores;

- p) Las comunicaciones al centro registral de prevención del blanqueo de capitales; y
- q) En general, todas las relativas a la gestión y organización corporativa interior del Colegio, sus servicios y delegaciones, el funcionamiento de sus órganos, las convocatorias electorales y la organización del régimen económico de la corporación, incluida la determinación, liquidación y recaudación de las cuotas colegiales, etc.

B. Junto a ello, en las comunicaciones y notificaciones entre el Colegio de Registradores y la Administración tan solo será aplicable a dicha corporación, como persona jurídica, el régimen de comunicaciones electrónicas establecido por el artículo 14.2 de la LPA cuando la misma intervenga como interesado en cualquier procedimiento administrativo. Únicamente, por tanto, en los —por otra parte, escasos— supuestos en que el Colegio de Registradores participe, como interesado, en relaciones administrativas de carácter vertical, dominadas por el interés superior de la Administración, será aplicable dicho régimen; solo, por tanto, cuando el Colegio de Registradores, dentro de la peculiar naturaleza «bifronte» propia de los colegios profesionales²⁴, desarrolle funciones de carácter asociativo, para la consecución de fines de carácter estrictamente privado. No, por el contrario, cuando en la relación jurídico-administrativa se ejerciten por el colegio profesional potestades públicas atribuidas por la ley —o por delegación de la Administración—.

En tales casos, cuando el Colegio de Registradores, ejercitando funciones o potestades de carácter público, tome parte en relaciones administrativas de carácter horizontal, parece en principio que no resultará de aplicación el régimen de comunicaciones y notificaciones electrónicas establecidas por la ley para el sector público general, dada la falta de inclusión legal de las Corporaciones de Derecho Público en dicho sector. Pero, como decíamos antes en relación con los registradores, no puede olvidarse que estamos en presencia de relaciones interadministrativas, de carácter horizontal, en las que cada uno de los términos de la relación participa en régimen de igualdad. Por lo que, aun cuando el Colegio de Registradores no se halle incluido en el elenco de entidades pertenecientes al sector público, conforme al artículo 2 de la LSP, y no aparezca, en principio, sujeto a las normas de la misma ley, la otra parte de la relación —la Administración— sí se encuentra plenamente sometida a dicho régimen. Un régimen que, por su propio carácter universal e imperativo, debe aplicarse en el seno de la relación, con la misma intensidad en que ello sucede respecto de los registradores.

Debe aplicarse, por ello, el régimen de comunicación y notificación electrónica previsto por la propia LSP —a través, normalmente, de comparecencia en la sede electrónica de la Administración con la que el Colegio de Registradores se relacione en cada caso—.

Algo que sucede en supuestos muy variados. Así, de manera enunciativa, en:

- a) La formulación de consultas vinculantes a la Dirección General de los Registros y del Notariado (*cf.* art. 103 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, *de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*);
- b) La participación en procedimientos administrativos de carácter registral, como la alteración de la demarcación registral y cambio de capitalidad (*cf.* arts. 482 y ss. del RH);
- c) La participación en tribunales de oposición al Cuerpo de Aspirantes (*cf.* art. 455 del RH);
- d) La prestación de la fianza colectiva de los registradores (*cf.* arts. 520 del RH);
- e) La elaboración y publicación de las estadísticas de los registradores (*cf.* art. 622 del RH);
- f) La elaboración de informes consultivos para la Administración, en los supuestos legalmente previstos;
- g) Así como todas aquellas actuaciones del Colegio, complementarias de los procedimientos relativos a los registradores, antes enunciados, en los que deba intervenir dicha corporación respecto de otra u otras Administraciones Públicas —*ad. ex.*, en materia arancelaria o disciplinaria—.

VII. CONCLUSIONES

I. Las limitaciones impuestas por el artículo 14.2 de la LPA únicamente resultan aplicables a los registradores de la propiedad cuando los mismos intervienen como «interesados» dentro de algún procedimiento administrativo. Por lo que no resultan aplicables a los registradores de la propiedad cuando los mismos ejercitan las potestades públicas que les atribuye el ordenamiento jurídico, como gestores del servicio público registral. De manera que, en definitiva, parece a primera vista que las notificaciones y comunicaciones de los registradores en favor de cualesquiera Administraciones Públicas, consecuencia de la tramitación de cualquier procedimiento registral, han de continuar sujetándose a su propio y particular régimen legal, establecido por la legislación hipotecaria.

II. Frente a dicha apariencia inicial, ha de tenerse en cuenta que la necesidad de tales notificaciones y comunicaciones es consecuencia de la existencia de relaciones interadministrativas —entre la Administración y el Registro—, en las cuales cada uno de los dos términos de la relación se encuentra en pie de igualdad. Por ello, aunque los registradores no se encuentren sujetos al régimen de la LSP, el otro término de aquella misma relación horizontal —la Administración— sí queda plenamente sometido al régimen de comunicaciones y, en general, funcionamiento electrónico impuesto por la Ley. Lo que, teniendo en

cuenta los fines de reforma integral de la Administración, perseguidos por la ley, y el principio de colaboración al que aparecen sujetos todos los poderes públicos en sus relaciones entre sí, debe conducir a la conclusión contraria.

III. Por todo ello, los registradores deben utilizar procedimientos y medios electrónicos para la práctica de las notificaciones y comunicaciones entre los Registros de la Propiedad y las Administraciones Públicas. Tales medios deben ser preferentemente puestos a disposición de ambas partes, registradores y Administración, a través de la suscripción de los correspondientes convenios de colaboración. Mientras no se celebren e implementen los mismos, la Administración y los registradores deben realizar sus notificaciones y comunicaciones de manera directa, utilizando los sistemas electrónicos de comunicación establecidos por ambas entidades, Registro y Administración, siempre que ello sea técnicamente posible y no lo impidan las exigencias de funcionamiento del propio sistema registral.

IV. Dada la vigencia del principio hipotecario de prioridad, que impone la garantía de mantenimiento de un riguroso orden en la presentación o acceso de los títulos al Registro, la remisión electrónica de los títulos al Registro debe ser realizada siempre mediante la intervención del sistema informático registral, como portal único y necesario de acceso de la documentación a los libros. No pueden admitirse formas alternativas de recepción de documentos electrónicos en el Registro —singularmente, la remisión de aviso por correo, para la posterior recogida del título en la sede electrónica de la Administración presentante—.

Solo resulta admisible, por tanto, la notificación o comunicación electrónica realizada por la Administración al Registro de la Propiedad cuando la misma se produce, en forma ordinaria, a través del portal de recepción de los registros. A cuyo fin, es conveniente la celebración de los convenios interadministrativos que faciliten la plena y perfecta integración de los sistemas telemáticos de las Administraciones Públicas y el sistema informático registral —tal como, para los notarios, sucede desde la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de *Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social*—. Pero, en ausencia de convenios de colaboración, la realización de comunicaciones y notificaciones electrónicas desde las Administraciones hacia el Registro deberá realizarse a través del portal registral, en forma ordinaria.

V. Tan solo será aplicable al Colegio de Registradores, como persona jurídica, en las comunicaciones y notificaciones entre el mismo y la Administración, el régimen de comunicaciones electrónicas establecido por el artículo 14.2 de la LPA, cuando el primero intervenga como «interesado» en cualquier procedimiento administrativo.

VI. Junto a ello, el Colegio de Registradores, a pesar de las dudas acerca de su naturaleza y su perfecta exclusión funcional respecto del sector público, cuando ejercite funciones o potestades de carácter público y, en consecuencia, participe en relaciones administrativas de carácter horizontal, deberá sujetarse al

régimen de comunicaciones y notificaciones electrónicas establecido por la ley para el sector público en general y de conformidad con los sistemas de la Administración a la que se dirija o de la que reciba la comunicación; dado que en tales casos el Colegio participa en relaciones interadministrativas en la que una de las partes —la Administración— sí se halla sujeta a las normas de la LSP.

VII. Las comunicaciones y notificaciones entre el Colegio de Registradores y los registradores, tanto en el ámbito de la actuación profesional de los mismos, como en su condición de funcionarios públicos, deberán continuar ajustándose al régimen general de la legislación hipotecaria, dado que ni el Colegio ni los colegiados aparecen sujetos a la LSP y dado que la LPA tan solo resulta aplicable a tales corporaciones de manera supletoria.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BRAGE, J. (2004), *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- CALVO SÁNCHEZ, L. (1998), *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid.
- DE PABLOS O'MULLONY, J.M. (2017), Las Comunicaciones, Notificaciones y Publicaciones en el ámbito del Registro de la Propiedad, *Boletín del Colegio de Registradores*, Año LII, núm. 40 (3ª Época).
- GALLEGO ANABITARTE, A. (1961), Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho, *Revista de Administración Pública*, núm. 34.
- GARCÍA MACHO, R. (1992), *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, Tecnos.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y RAGA SASTRE, N. (2010), *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y prácticas*, LEX NOVA.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994), *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994), *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. (2017), *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch.
- ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995), *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicad registral*, Tomo II, BOSCH.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- RDGRN de 13 de noviembre de 2006 y 23 de abril de 2014.
- STS de 24 de octubre de 2000, 10 de junio de 2003, 2 de noviembre de 2006, 19 de marzo de 1990 y 6 de abril de 1995.

STC 42/1983, de 20 de mayo, 76/1983, de 5 de agosto, 23/1984, de 20 de febrero, 93/1984, de 16 de octubre, 74/1985, de 17 de julio, 66/1984, de 6 de junio, 114/1987, de 6 de julio, 20/1988, de 18 de febrero, 227/1988, de 29 de noviembre, 69/1989, de 20 de abril, 87/1989, de 11 de mayo, 89/1989, de 11 de mayo, 90/1989, de 11 de mayo, 219/1989, de 21 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, 120/1990, de 27 de junio, 61/1990, de 29 de marzo, 18/1992, de 10 de febrero, 386/1993, de 23 de diciembre y 207/1999, de 11 de noviembre.

ATC 93/1980, de 12 de noviembre.

Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, *por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad.*

Instrucción DGRN de 25 de octubre de 2016.

Dictamen Consejo de Estado de 29 de abril de 2015 sobre Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Dictamen Consejo de Estado de 29 de abril de 2015 sobre Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2014.

NOTAS

¹ Cfr. *Las nuevas Leyes 39/2015 y 40/2015. Su incidencia en el Sistema Registral español en sus aspectos tecnológicos*, Informe elaborado por la Junta de Gobierno del Colegio de Registradores, y DE PABLOS O'MULLONY, J.M. (2017), *Las Comunicaciones, Notificaciones y Publicaciones en el ámbito del Registro de la Propiedad*, Boletín del Colegio de Registradores, Año LII, Núm. 40 (3ª Época).

² Cfr., por todas, la cuestionada Resolución de 13 de noviembre de 2006.

³ Cfr., por todas, dada su amplia cita de jurisprudencia y de doctrina del mismo Centro Directivo, la Resolución de 23 de abril de 2014.

⁴ Cfr., sobre las cuestiones suscitadas en la doctrina en torno al procedimiento registral, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., y RAGA SASTRE, N. (2010), *El procedimiento registral y su revisión judicial: fundamentos y prácticas*, LEX NOVA.

⁵ Para DE PABLOS, sin embargo, ese rechazo visceral al régimen de comunicación electrónica resulta muy discutible; pues, dice el autor, «si observamos el artículo con detenimiento vemos que habla en su párrafo inicial de *realización de cualquier trámite de un procedimiento administrativo* y es verdad que el procedimiento registral no lo es, es un procedimiento especial, distinto del administrativo, pero creo que este hecho no debe servir para excluir la necesaria relación electrónica entre los registradores y la administración porque vemos que, a continuación, al referirse a las profesiones de colegiación obligatoria habla de *los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional*» —cfr. DE PABLOS O'MULLONY, J.M., *op. cit.*, 1209—.

⁶ Sobre las relaciones especiales de sujeción, *vid.* en la doctrina administrativista española GALLEGU ANABITARTE, A. (1961), *Relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración. Contribución a la teoría del Estado de Derecho*, Revista

de Administración Pública, núm. 34, pág. 11, GARCÍA MACHO, R. (1992), *Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española*, Madrid, Tecnos; LÓPEZ BENÍTEZ, M. (1994), *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Madrid, Civitas; y LASAGABASTER HERRARTE, I. (1994), *Las relaciones de sujeción especial*, Madrid, Civitas.

⁷ Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M., *op. cit.*, 161-162.

⁸ Una tesis que se dirige a corregir los excesos en la interpretación de la figura por parte de la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional —*cfr.* Sentencias 93/1984, de 16 de octubre, 74/1985, de 17 de julio, 66/1984, de 6 de junio 114/1987, de 6 de julio, 69/1989, de 20 de abril, 219/1989, de 21 de diciembre, 47/1990, de 20 de marzo, 120/1990, de 27 de junio, 61/1990, de 29 de marzo, 386/1993, de 23 de diciembre, entre otras—.

⁹ De manera arquetípica, en la doctrina alemana es clásico el análisis de las cuestiones relativas a las limitaciones a los derechos fundamentales, propias de las relaciones especiales de sujeción, a través de tres fases escalonadas: a) La definición del ámbito normativo o de protección —también llamado, por analogía con los «tipos penales», «tipo» o supuesto de hecho del derecho fundamental; b) La concreción de la intervención o injerencia que la norma produce en el derecho fundamental; c) La determinación de la justificación constitucional —o conformidad con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su caso— de dicha injerencia —*vid.* BRAGE, J. (2004), *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid—.

¹⁰ Concepto de «interesado» en el procedimiento administrativo sobre el que existe una abundante doctrina y jurisprudencia y que aparece regulado en la actualidad en el artículo 4 de LPA. *Vid.*, para un estudio de la figura en relación con la nueva regulación legal, MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.M. (2017), *Las garantías del interesado en el procedimiento administrativo electrónico. Luces y sombras de las nuevas leyes 39 y 40/2015*, Tirant lo Blanch.

¹¹ Especialmente relevante, en la interpretación y desarrollo pseudorreglamentario de tales normas, la resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría, *por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad*.

¹² *Cfr.* DE PABLOS O'MULLONY, *op. cit.*, 1207 a 1210, quien realiza un exhaustivo estudio del complejo y variado régimen de notificaciones registrales, establecido legalmente para cada ámbito de actuación y tipo de procedimiento; pues, advierte el autor, la «Ley Hipotecaria y su reglamento, junto con la ley 24/2001, regulan el procedimiento hipotecario en sentido estricto, pero poco dicen de las obligaciones de comunicación de los registradores, más allá de establecer alguna de ellas —como en los artículos 270 o 278 de la LH— y no dicen nada de cómo llevarlas a cabo. En el único momento que la LH habla de cómo llevar a cabo una notificación es en el artículo 322 al hablar de las calificaciones negativas y aplica la legislación de procedimiento administrativo. Las referencias existentes en otros artículos (9.b, 199, 201.3) —continúa el autor— también se refieren a notificaciones y no contradicen lo dicho por el 322 de esto hablaremos más adelante al tratar de las notificaciones registrales, pero el hecho es que la regulación hipotecaria es muy limitada y encontramos mayor definición en las normas específicas que tratan de cada tipo de comunicación; entre estas debemos distinguir aquellas que definen perfectamente la forma en que debe ser realizada; aquellas que contienen alguna referencia, aunque imprecisa y aquellas que nada dicen de la forma de practicarlas».

¹³ Tal como acertadamente refleja la Instrucción de la misma Dirección General de 25 de octubre de 2016, *sobre utilización de medios electrónicos en las comunicaciones de notarios y registradores con la Dirección General de los Registros y del Notariado*.

¹⁴ *Cfr.* Dictámenes del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, ambos de 29 de abril de 2015, los cuales contienen amplias referencias a las respectivas Memoria de Impacto Normativo.

¹⁵ Teniendo presente, además, el principio genérico de colaboración —expresamente consagrado en el artículo 140 de la LSP— en que han de fundarse las relaciones interadministrativas y que, sin duda, resulta aplicable a las relaciones entre la Administración y el Registro, como poder público; un principio que, dice Asunción Nicolás, «se desglosa en otros dos, la cooperación y la coordinación, sin duda por exigencias del guion y de la abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional que diferencia ambos conceptos (entre otras, SSTC 18/1992, de 10 de febrero; 42/1983, de 20 de mayo). La cooperación implica una voluntariedad en la asunción de compromisos por las distintas Administraciones en «*aras de una acción común*», mientras que la coordinación implica una obligatoriedad. La coordinación como principio se recoge ya en la propia CE, con carácter general en el artículo 103.1, así como en varios títulos competenciales de atribución al Estado (art. 149.1. 13ª, 15ª, 16ª) y significa que «*una Administración Pública y, singularmente, la Administración General del Estado, tiene la obligación de garantizar la coherencia de las actuaciones de las diferentes Administraciones Públicas afectadas por una misma materia para la consecución de un resultado común*» —cfr.— NICOLÁS LUCAS, A. (2016), *Principios de actuación y funcionamiento del sector público. Las relaciones interadministrativas*, Revista «La Administración al día», INAP—.

¹⁶ Ese es el criterio sostenido por DE PABLOS O'MULLONY, quien recuerda que «los registradores tienen la doble condición de profesionales del derecho y de funcionarios públicos» y que no solo «en el primer aspecto, en el de profesionales, indudablemente están obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración por el artículo 14 de la Ley 39/2015», pues «en el segundo aspecto, en el de funcionarios públicos, si por la conocida razón de la especificidad del procedimiento registral, no se consideraran comprendidos en el mismo artículo 14, lo estarán por el principio general consagrado en el artículo 3.2 de la Ley 40/2015. Todo ello —dice el autor— partiendo del hecho, ya dudoso, de que todas estas comunicaciones deban considerarse estrictamente *procedimiento registral* cuando lo cierto es que algunas incumben a todo tipo de funcionarios como, por ejemplo, la del artículo 7 de la Ley 7/2012, que involucra a *cualquier autoridad o funcionario que en el ejercicio de sus competencias*; o si estas comunicaciones no son más bien manifestaciones de los *aspectos puramente administrativos del procedimiento registral* a los que ya aludía la Exposición de Motivos del Real Decreto 1879/1994, o si el principio consagrado en el anteriormente citado artículo 3.2 de la Ley 40/2015 no forma parte de aquellas normas administrativas que, por responder a principios generales materiales o de procedimiento propios de todo el ordenamiento, pudieran aplicarse supletoriamente al procedimiento registral, conforme establece la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 2014» —cfr. DE PABLOS, *op. cit.*, 1209—.

¹⁷ Vid. artículo 1925 del Código Civil.

¹⁸ Cfr. ROCA SASTRE, R. M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1995), *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicad registral*, Tomo II, BOSCH, 1.

¹⁹ Cfr. artículo 43 —«*práctica de las notificaciones a través de medios electrónicos*»—, apartado 1, de la LPA.

²⁰ Vid. nota anterior.

²¹ Vid. un análisis general de la doctrina en CALVO SÁNCHEZ, L. (1998), *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Civitas, Madrid.

²² Cfr., en igual sentido, del mismo Tribunal Constitucional, auto 93/1980, de 12 de noviembre, y sentencias 76/1983, 20/1988, 227/1988 y 87/1989.

²³ Cfr., en igual sentido, la sentencia 23/1984, de 20 de febrero.

²⁴ Cfr. sentencia del Tribunal Constitucional 89/1989, de 11 de mayo.

(Trabajo recibido el 26-4-2018 y aceptado para su publicación el 18-5-2018)

Patente ilegalidad del artículo 36 del Reglamento General de Costas

Patent Illegality of Article 36 of the National Coast Regulation

por

ÁLVARO JOSÉ MARTÍN MARTÍN

Registrador de la Propiedad y Mercantil

Titular del Registro Mercantil I y Bienes Muebles de Murcia

RESUMEN: Este informe tiene por objeto demostrar que el artículo 36 del nuevo Reglamento General de Costas (RGC/2014), aprobado por Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, en cuanto cierra o condiciona el acceso al Registro de la Propiedad de toda inscripción, anotación, cancelación o nota marginal que deba extenderse en el folio de fincas previamente inmatriculadas, es incompatible con la legislación civil, en particular la registral, española y carece de la cobertura de la Ley de Costas, por lo que no puede ser aplicado sin grave menoscabo de la calidad del sistema registral español.

ABSTRACT: *This report aims to demonstrate that article 36 of the new National Coast Regulation approved by Royal Decree 876/2014 of 10 October is illegal, because it bars or restricts registration for all entries, caveats, cancellations and marginal notes that should be set down on the folio for properties that have previously undergone initial registration; because it is incompatible with civil law, particularly registration law; and because it is not covered by the Coast Act. Therefore, it cannot be applied without serious detriment to the quality of the Spanish registration system.*

PALABRAS CLAVE: Cierre registral. Dominio Público Marítimo Terrestre. Deslinde. Inmatriculación. Segunda inscripción. Reserva de Ley. Procedimiento registral.

KEY WORDS: *Barring of further entries. Shoreline in the public domain. Survey. Initial registration. Second entry. Matters reserved for law. Registration procedure.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LEGISLACIÓN CIVIL Y LEY 13/2015: 1. RESERVA DE LEY. 2. PROPIEDAD REGISTRADA/NO REGISTRADA. 3. LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE COORDINACIÓN REGISTRAL. 4. PROTECCIÓN REGISTRAL DEL DEMANIO.—II. LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DE COSTAS PROTECTORA DEL DPMT: 1. EL DESLINDE COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA PROTECCIÓN DEL DPMT. 2. EL NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS.—III. OBJECIONES AL NUEVO ARTÍCULO 36 DEL REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS: 1. DERIVADAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN. 2. DERIVADAS DE LA INOBSERVANCIA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA: A) *Reserva de Ley del procedimiento registral.* B) *Tratamiento uniforme de realidades legalmente diferenciadas.* C) *Obstaculización improcedente del tracto registral.* D) *Oposición a norma de rango superior.* 3. DERIVADAS DE LA CONTRADICCIÓN CON LA LEY DE COSTAS: A) *Deslinde concluido.* B) *Deslinde pendiente* C) *Deslinde incoado.*—IV. INCONSISTENTE COBERTURA DE LA JURISPRUDENCIA RECAÍDA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 35 DEL REGLAMENTO ANTERIOR.—CONCLUSIONES.—ANEXOS.

INTRODUCCIÓN

Este informe, al cuestionar la legalidad del artículo 36 RGC/2014, interesa a todos los propietarios de fincas españolas próximas al mar que, a pesar de tener correctamente inscrito su derecho y por aplicación de esta norma reglamentaria, ajena a la legislación registral, pueden ver seriamente demorado e incluso impedido el acceso al Registro de la Propiedad de su venta, hipoteca, donación, herencia o de cualesquiera otras operaciones. También interesa a quienes se proponen ejecutar garantías reales que se hayan podido inscribir sobre dichas fincas y a quienes hayan obtenido o acordado medidas cautelares como el embargo o la prohibición de disponer sobre ellas y, por supuesto, a todas las Administraciones Públicas que tramiten procedimientos en los que se prevea la extensión de un asiento registral.

I. LEGISLACIÓN CIVIL Y LEY 13/2015

En España el derecho de propiedad está constitucional (art. 33 CE) y legalmente (Código Civil y legislación civil de las comunidades autónomas) protegido. Y tiene a su servicio al Registro de la Propiedad como órgano oficial de control y publicidad. La legislación registral, que es competencia exclusiva del Estado, según el artículo 149.1.8º CE y rige en todo el territorio nacional, forma parte inescindible de esa protección constitucional y legal.

La Ley Hipotecaria exige rigurosos requisitos tanto para que una finca acceda por primera vez al Registro (inmatriculación) como para que, una vez inscrita, pueda modificarse cualquiera de los datos registrados (inscripción segunda o posterior). Como regla general se precisa presentar en el Registro un documento público, notarial, judicial o administrativo, lo que garantiza su autenticidad, y obtener del Registrador una calificación positiva y responsable, lo que le exige juzgar la capacidad, la validez y el cumplimiento de las formalidades legales, que son distintas según se trate de una inmatriculación o de una inscripción segunda o posterior (empleo esta expresión en sentido amplio, comprensivo de cualquier asiento posterior).

1. RESERVA DE LEY

Las normas que rigen el derecho del ciudadano a acogerse a la protección registral tienen que tener rango de ley o, si son de rango inferior, estar clara y suficientemente habilitadas por una ley, en particular si añaden requisitos que puedan impedir u obstaculizar seriamente la inscripción, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Es en tal sentido especialmente relevante la doctrina que su Sala Tercera dictó con ocasión de las impugnaciones de los Reglamentos Hipotecario y Notarial entre otras en las sentencias que recojo en el anexo 7.

2. PROPIEDAD REGISTRADA/NO REGISTRADA

El titular registral, por el hecho de serlo, tiene los derechos que la propia Ley Hipotecaria le reconoce, que son muchos y muy importantes, como corresponde a quien ha acreditado el cumplimiento de rigurosos requisitos, por ello se puede hablar de propiedad inmobiliaria registrada y no registrada como categorías diferenciadas de propiedad. En particular, en relación con la propiedad registrada, se presume a todos los efectos legales que el titular es dueño de la finca (art. 38 LH) incluso en casos extremos aunque lo haya adquirido de quien no lo era (art. 34 LH); las cargas que puedan pesar sobre la finca son, con pocas excepciones, exclusivamente las que constan inscritas (art. 225 LH)

y cualquier modificación de datos registrados debe contar con su consentimiento o decidirlo un juez (arts. 20 y 40 LH). De aquí nacen un conjunto de acciones que se conceden al titular registral para defender sus derechos de los que carece el que no lo es. Esencial es a estos efectos el primer artículo de la Ley, cuando dice que «*Los asientos del Registro practicados en los libros que se determinan en los artículos doscientos treinta y ocho y siguientes, en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley*».

Además de propiedad registrada y no registrada cabe también hablar de la propiedad mal registrada, como supuesto patológico. Uno de los casos posibles es el de no haberse inscrito una transmisión de dominio. En ese caso el Registro sigue publicando una titularidad que ya no se corresponde con la realidad atribuyendo derechos y responsabilidades a quien no los tiene y, al mismo tiempo, deja de publicar la que debería. Ello puede ser culpa de los interesados, achacable a su voluntad de que no se conozca el cambio de dueño o a su desidia. Excepcionalmente el propio Estado legisla para impedir que se practiquen asientos de cualquier clase en el folio abierto a una finca determinada en tanto no se cumplan determinados requisitos. Se trata de casos muy señalados, como son los que exigen con carácter general que se acredite al Registro el cumplimiento de obligaciones fiscales y no se deben confundir con los defectos que puedan afectar a un título en concreto que solo impiden su inscripción y la de los con él relacionados.

El sistema registral precisa para su perfecto funcionamiento de una constante actualización, por eso una de las mayores preocupaciones de la legislación hipotecaria es la concordancia del Registro con la realidad jurídica. Dice la *resolución DGRN de 5 de marzo de 2018, BOE de 20 de marzo*: «2. 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. De aquí que la determinación de la titularidad deba quedar reflejada en los asientos del Registro de la Propiedad».

3. LA NUEVA LEGISLACIÓN SOBRE COORDINACIÓN REGISTRAL

Resulta especialmente pertinente, a los efectos de este trabajo, tener en cuenta el nuevo régimen aplicable a la base física del Registro de la Propiedad, a la finca registral como objeto sobre el que se ejercen los derechos inscritos.

La legislación aplicable hoy en día, una vez en vigor la Ley 13/2015 (anexo 12) en lo que se refiere a la base física de las fincas gira en torno a la coordinación Catastro-Registro. La nueva Ley regula todos los procedimientos que prevén la necesidad de que ambas instituciones se relacionen.

Por eso se puede decir que a la antes aludida distinción entre propiedad inmobiliaria registrada/no registrada hay que añadir, como subdivisión de la registrada, la coordinada, incluyendo en este concepto no solo la que resulta de la incorporación de la cartografía catastral sino también la que se produce mediante la incorporación al folio real de la representación alternativa validada, una vez transcurrido el plazo en el que el Catastro puede comunicar la existencia de impedimentos del párrafo 2.º del artículo 10.5 L.H.

La Ley Hipotecaria atribuye ahora diferentes efectos jurídicos a las inscripciones según que exista o no la coordinación: si se consiguió coordinar (art. 10.5) el titular se ve protegido por el artículo 38 LH en un nuevo aspecto al presumirse legalmente no solo que es dueño de la finca sino también que su ubicación y delimitación geográfica sobre el terreno es la inscrita.

La Ley 13/2015 no hace excepciones, cualquiera que sea la naturaleza de la finca inscrita le será aplicable. Por otro lado su disposición derogatoria única comprende cuantas normas se le opongan, sin excepción.

En el nuevo régimen, dejando a un lado los supuestos de inmatriculación de finca no inscrita anteriormente o declaración de obra nueva, porque en este estudio solo me refiero a los directamente encuadrables en el artículo 36 del Reglamento General de Costas, el interesado puede solicitar la coordinación con ocasión de presentar a inscripción un título inscribible o como operación exclusiva, normalmente con intención de rectificar la descripción literaria de la finca (art. 199 Ley Hipotecaria), pero hay otros en los que la coordinación es obligatoria (art. 9.b Ley Hipotecaria).

En el primer caso si el Registrador no considera que se reúnan los requisitos precisos para incorporar la representación gráfica catastral aportada no se obtiene la coordinación pero el documento se puede inscribir parcialmente. En el segundo no se puede inscribir el documento.

La doctrina registral recoge esta distinción matizando que la simple constancia en el folio de una referencia catastral no implica coordinación. Por eso dice la *resolución de 27 de septiembre de 2017* (anexo 14): «Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria tendrá unos efectos limitados ya que en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, no supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b) párrafo séptimo). Para ello sería necesario que se hubiese solicitado la inscripción de tal representación gráfica y que se tramite el procedimiento correspondiente (arts. 9.b. y 199 de la Ley Hipotecaria)».

Este artículo 9.b) LH es completamente novedoso. La legislación registral había venido estableciendo ciertas exigencias de correspondencia entre la finca registral y la catastral en operaciones muy concretas, especialmente si se trataba de incorporar por primera vez una finca al Registro —lo que ahora se mantie-

ne— y en caso de rectificaciones de cabida, en los que el certificado catastral podía servir de medio de prueba cualificado.

La nueva coordinación presenta unos caracteres propios, innova el procedimiento registral estableciendo nuevos requisitos y amplía los casos de coordinación obligatoria al caso de actuaciones registrales muy frecuentes: operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos. La mayoría de las veces se estará trabajando sobre fincas previamente inscritas, por tanto se está condicionando legalmente la práctica de segundas o posteriores inscripciones en los folios correspondientes.

4. PROTECCIÓN REGISTRAL DEL DEMANIO

Uno de los elementos que obligatoriamente tiene que tener en cuenta el registrador antes de dar el visto bueno a la coordinación es, según la *resolución de 15 de febrero de 2016* (anexo 14), que de la misma no derive un perjuicio para el dominio público. Se trata de un avance sustancial respecto de la legislación especial que protege determinadas clases de bienes demaniales, como puede ser el DPMT, porque tiene un alcance global:

«7. Y avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso, *el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas* cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público».

Así se expresa de manera terminante y reiterada en varios preceptos de la Ley Hipotecaria, y no solo en el artículo 9 que ya contiene una proclamación general al respecto, sino también en diversos artículos del Título VI de la Ley que contienen manifestaciones concretas del mismo principio general.

Así, por ejemplo, el artículo 199, al regular el procedimiento para la inscripción de la delimitación georreferenciada de las fincas ya inmatriculadas, ordena que «el registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado».

Y, sigue diciendo la misma resolución:

«...para que ese control sea posible se obliga al registrador a disponer de los medios precisos: Consecuentemente con todo ello, 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, in-

cluso no inmatriculado, señalando en el nuevo artículo 9 de la Ley Hipotecaria que «todos los registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática (...) 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».

Y en su disposición adicional primera, añade que «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».

Resulta indudable que, a partir de esta legislación todo el dominio público, incluido el marítimo-terrestre, esté o no esté inscrito, goza de este nuevo tipo de protección preventiva no solo en caso de inmatriculación o exceso de cabida sino en todo caso en que la operación registral afecte a fincas inscritas que puedan ocupar en todo o en parte el dominio público y se solicite la coordinación o sea esta legalmente obligatoria.

II. LA LEGISLACIÓN ADMINISTRATIVA DE COSTAS PROTECTORA DEL DPMT

En la actualidad está constituida en lo esencial por la Ley 22/1988 de Costas en su versión reformada por la Ley 2/2013 y por el Reglamento General de Costas, aprobado por RD 876/2014.

La Ley se dicta en cumplimiento del artículo 132.2 de la Constitución Española que declara bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre y las playas, entre otros. Y advierte, ya desde su Exposición de Motivos que su aplicación va a suponer cambios en el régimen de la propiedad ya que con ella se trata de superar entre otros «la prevalencia de la posesión particular amparada por el Registro de la Propiedad, con reivindicación a cargo del Estado, y la adquisición privada del dominio público» (anexo 1).

La aplicación de la versión inicial de la Ley llevó consigo una enorme conflictividad que trascendió nuestras fronteras, lo que obligó a reformarla

(anexo 9) por Ley 2/2013, en cuyo preámbulo aparece con fuerza el concepto de seguridad jurídica. Por otro lado el legislador es consciente del problema que se iba a plantear cuando en 2018 —plazo próximo a concluir cuando se escribe este informe— venciera el plazo de 30 años de gracia que, para muchas propiedades había establecido la Ley cuyos dueños pasaron a ser una especie de concesionarios por tiempo limitado como compensación a la pérdida del derecho de propiedad.

1. EL DESLINDE COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA PROTECCIÓN DEL DPMT

Obviamente ni la Constitución ni la Ley pueden aplicarse directamente sobre el terreno. Por eso uno de los conceptos clave de la legislación de Costas es el deslinde administrativo (art. 10.1), como medio para determinar el Dominio Público Marítimo-Terrestre (DPMT).

Todo terreno, construido o no, que se encuentre en las inmediaciones del mar está sujeto a la potestad administrativa de ser deslindado con la consecuencia de que su propietario dejará de serlo en la medida en que se atribuya al DPMT, o, sin llegar a tanto, la finca se verá obligada a soportar las servidumbres de salvamento y protección. Pero para ello debe seguirse el procedimiento que la propia Ley regula.

La propiedad no deslindada conforme a los criterios de la Ley de Costas (aunque normalmente lo estará conforme a deslindes anteriores a dicha Ley) está sujeta a investigación administrativa. A la vista del resultado de esa investigación el Servicio de Costas puede considerar procedente la práctica del deslinde conforme a una determinada delimitación que, obviamente, tiene carácter provisional e interna.

Cuando se dicta el acuerdo de incoación del deslinde es cuando empiezan a producirse efectos jurídicos respecto de las propiedades incluidas en esa delimitación provisional. Además de otros requisitos de publicidad el artículo 12 reformado de la Ley prevé la notificación al Registro de la Propiedad para que por este se expida certificación de dominio y cargas de fincas afectadas, inscritas a nombre de los incluidos en la relación correspondiente y también de las que, sin estarlo, pueda identificar el registrador aplicando los sistemas de georreferenciación de fincas registrales que se encuentren dentro del área. Llamo la atención sobre el hecho de que este artículo hace referencia a unos sistemas todavía inexistentes o faltos de un desarrollo normativo completo cuando se aprueba la reforma de la Ley de Costas, pues, como sabemos, lo fueron por la Ley 13/2015, así que se trataba entonces de una previsión de futuro. De esta certificación queda en el folio de las fincas una nota marginal que produce importantes efectos materiales y de publicidad. Esta previsión es una novedad importantísima de la Ley en la medida en que obliga a Administración y Re-

gistro de la Propiedad a coordinarse desde el momento en que se acuerda la incoación sin que quede al arbitrio de que el particular acredite la inscripción de su propiedad como antes sucedía. Es relevante que en sus previsiones no entra en ningún momento un cierre del Registro a documentos relativos a las fincas incluidas en la zona de que se trate.

Cuando se aprueba el deslinde se impone por la Ley de Reforma la inscripción obligatoria de los bienes de DPMT en el Registro de la Propiedad (art. 11), superando la ilusoria idea de que el dominio público se protege por sí solo. Respecto de los bienes inscritos que resulten afectados por pasar a incluirse total o parcialmente en el DPMT se articula un procedimiento para rectificar las inscripciones contradictorias cuya regulación se encomienda al Reglamento y al que me refiero después.

Llamo la atención sobre el hecho de que la Ley de reforma mantiene la redacción originaria de los artículos 15 y 16, que son los únicos que condicionan directamente la práctica de asientos registrales, al exigir para la inmatriculación o practica de segundas o posteriores inscripciones en las que se solicite ampliar la cabida inscrita (exceso de cabida) que se acredite la no invasión del DPMT, cerrando el Registro mientras tanto.

2. EL NUEVO REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS

Cuando se aprueba la Ley 2/2013 se previó (DF 3^a) la necesidad de revisar el Reglamento, decidiendo el Gobierno elaborar uno nuevo, no una reforma del anterior. A tal efecto el Ministerio del ramo elaboró el correspondiente texto que sometió a información pública en la que, según dice el preámbulo del Real Decreto 876/2014, participaron numerosos sectores, organismos y entidades afectadas. Dicho proyecto dedica una sección integrada por los artículos 33, 34, 35 y 36 a los asientos registrales que tienen por objeto fincas que, por su situación, pueden invadir el DPMT. El texto propuesto aparece en el anexo 10. De su lectura resulta que, a diferencia del Reglamento que se proponía sustituir (art. 35), no se contempló que se pudiera extender a las segundas y posteriores inscripciones registrales que no tuvieran por objeto un exceso de cabida el régimen de estas. Así el artículo 36 del proyecto, se limitaba a decir: *«El registrador denegará en todo caso la inmatriculación o la inscripción del exceso de cabida solicitado cuando la finca invada el dominio público marítimo-terrestre»*.

Aprobado el nuevo Reglamento General de Costas por Real Decreto 876/2014 (anexo 11) de su texto nos interesa la estrecha relación entre la Administración de Costas, Catastro y Registro. El Servicio Periférico de Costas (art. 21) determina sobre los planos catastrales la línea de delimitación provisional que tiene que estar georreferenciada; obtiene del Catastro las referencias y

los titulares y notifica al Registro para que expida la certificación de dominio y cargas de todas las fincas que, según sus datos, resulten afectadas. La aprobación del deslinde por Orden Ministerial debe incluir (art. 26) planos que permitan georreferenciar en la cartografía catastral el límite interior del dominio público y se notifica, entre otros, al Catastro que incorpora a sus planos dicho límite y las alteraciones de titularidad resultantes, art. 27).

También se comunica la orden al Registro de la Propiedad, pero, en la medida en que obligue a rectificar inscripciones practicadas en el mismo habrán de cumplirse los trámites del artículo 31 del RGC/2014, expresamente habilitado por el artículo 13.2 Ley de Costas. Para que se pueda inscribir se requiere que se hayan cumplido las normas que garantizan el conocimiento por el titular registral del deslinde en tramitación. Si es así se practica una anotación preventiva de cinco años de duración (distinta de la prevista en la LH) que en ningún caso produce cierre registral *«no impedirá la práctica de asientos posteriores, si bien en todo caso los mismos quedarán supeditados a las resultas de la firmeza del deslinde»*. El registrador notifica al titular y este dispone de cinco años para impugnar lo que le perjudique del deslinde ante la jurisdicción civil debiendo pedir anotación preventiva de demanda que se mantiene hasta que termine el pleito (duración inédita en la legislación registral). Si el titular registral deja pasar el plazo sin demandar y anotar el registrador convierte directamente de oficio la anotación en inscripción de dominio a favor del Estado, cancelando las inscripciones contradictorias.

Si no se cumplieron las formalidades de notificación al titular, sigue diciendo el artículo 31 RGC/2014, solo procederá cancelar los asientos a su favor *«si media el consentimiento del titular registral o resolución judicial firme, salvo que se acredite su intervención en el procedimiento o la notificación personal en tiempo del mismo, de modo que haya podido ejercer sus derechos en la forma prevista legalmente, exigencia que es igualmente aplicable para los titulares de derechos constituidos sobre la finca y que hayan de cancelarse por ser incompatibles con el dominio público»*.

La sección 4ª del Capítulo III del nuevo Reglamento General de Costas se titula *«Inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre»* en clara relación con el título de los artículos 15 (Inmatriculación registral de fincas situadas en la zona de servidumbre de protección) y 16 (Inscripciones de excesos de cabida) de la Ley. Como el proyecto sometido a información pública contiene los artículos 33 a 36, pero su contenido, en particular el artículo 36 que antes transcribí, ha sufrido una transformación radical, pues pasa a decir:

Artículo 36. Normas aplicables a las segundas y posteriores inscripciones
En relación con las segundas y posteriores inscripciones sobre fincas que intersecten o colinden con el dominio público marítimo-terrestre, se aplicarán las siguientes reglas:

1.^a El registrador denegará la práctica de cualquier asiento cuando la finca intersecte con el dominio público marítimo-terrestre a resultas de expediente de deslinde inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad sobre otras fincas incluidas en la misma zona deslindada, actuación que será comunicada al Servicio Periférico de Costas, para que proceda a solicitar la rectificación de los asientos contradictorios con el mismo.

2.^a Si la finca intersecta o colinda con una zona de dominio público marítimo-terrestre conforme a la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, el registrador suspenderá la inscripción solicitada y tomará anotación preventiva por noventa días, notificando tal circunstancia al Servicio Periférico de Costas para que, en el plazo de un mes desde la recepción de la petición, certifique si la finca invade el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito. Transcurrido dicho plazo sin recibir la referida certificación, el registrador convertirá la anotación de suspensión en inscripción de dominio, lo que notificará al servicio periférico de costas, dejando constancia en el folio de la finca.

3.^a Cuando de la certificación resulte que la finca intersecta con el dominio público marítimo-terrestre según deslinde ya aprobado por orden ministerial, el registrador denegará la inscripción solicitada y cancelará la anotación de suspensión, debiendo procederse por el Servicio Periférico de Costas a solicitar la anotación de la resolución aprobatoria de deslinde.

4.^a Cuando la finca intersecte o colinde, según la certificación, con zonas de dominio público marítimo-terrestre pendientes de deslinde, el registrador practicará la inscripción solicitada y lo comunicará al Servicio Periférico de Costas, dejando constancia de ello por nota marginal en el folio real, haciendo constar, tanto en el asiento practicado como en la nota de despacho, que el mismo queda supeditado a las resultas del expediente de deslinde. Caso de estar ya iniciado el deslinde, el Servicio Periférico de Costas solicitará del registrador la expedición de certificación de titularidad y cargas y la constancia por nota marginal de todos los extremos recogidos en el artículo 21.3. En otro caso, tales datos se le notificarán una vez se haya acordado la iniciación del expediente.

5.^a Cuando la finca solo intersecte parcialmente con el dominio público marítimo-terrestre, las anteriores limitaciones solo procederán en la parte que resulte afectada, debiendo adecuarse la descripción del título al contenido de la resolución aprobatoria del deslinde, al objeto de proceder a la inscripción o anotación del dominio público marítimo-terrestre en favor del Estado.

6.^a El registrador de la propiedad, con ocasión de la emisión de cualquier forma de publicidad registral, informará en todo caso de la situación de la finca en relación con las servidumbres de protección y tránsito conforme a la representación gráfica obrante en el registro, suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar.

III. OBJECIONES AL NUEVO ARTÍCULO 36 DEL REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS

1. DERIVADAS DE LA FALTA DE TRANSPARENCIA DEL PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN

El artículo entero merece una primera objeción motivada porque su texto no fue sometido a información pública pese a la extraordinaria importancia tanto cuantitativa (número de propiedades afectadas) como cualitativa que implica. Aparece en el Boletín Oficial del Estado sin tener relación ni paralelo posible con el publicado en el proyecto. Ni siquiera es posible saber si los órganos consultivos informaron sobre este texto. No sirve de nada la información pública si después se modifica radicalmente el proyecto y no se vuelve a someter a información pública.

2. DERIVADAS DE LA INOBSERVANCIA DE LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

A) *Reserva de Ley del procedimiento registral.*—Las reglas 2.^a, 3.^a 4.^a y 5.^a del artículo 36 crean, fuera de la legislación hipotecaria, un nuevo procedimiento a aplicar en el Registro de la Propiedad, lo que plantea la posible infracción del principio de reserva de Ley respecto de la regulación de los procedimientos administrativos a que se refiere el F.D. 26.º de la STS de 20 de mayo de 2008 (ver anexo 7).

Este procedimiento pivota sobre una innominada anotación preventiva que el Reglamento de Costas innova, dotándola de una duración de noventa días. Ello contraviene el artículo 42. Décimo de la Ley Hipotecaria que sujeta la creación de anotaciones preventivas a reserva de Ley y le atribuye una duración de noventa días no coincidente con el plazo general de 4 años del artículo 86 de la Ley, que solo admite una duración inferior cuando la Ley expresamente lo prevé, ni con el más reducido de 60 días del artículo 96 LH, que sería el precedente suponiendo que se tratara de una anotación por defecto subsanable.

Para cuestionar su legalidad basta confrontar este texto con la rigurosa doctrina de la STS de 31 de enero de 2001 (anexo número 7), F.D.15º que anula una breve prórroga del asiento de presentación establecida en el artículo 97 del Reglamento Hipotecario porque «*es inaceptable que el Reglamento por vía de prórroga de la duración del plazo para calificar e inscribir, lleve a cabo una ampliación del plazo de presentación*». Ampliar el plazo de vigencia del asiento de presentación es, precisamente, el efecto propio de esta anotación preventiva del RGC/2014.

Además, este nuevo procedimiento registral no regula con la necesaria precisión la participación y medios de defensa de quien solicita que se practique esa segunda o ulterior inscripción.

Hay calificación y, por tanto cabe recurso, cuando se deniega la inscripción de acuerdo con las reglas 1.^a y 3.^a.

Pero, respecto de la regla 2.^a, no se prevé una notificación previa al interesado de haber decidido el Registrador pedir la certificación al Servicio Periférico de Costas lo que le permitiría oponerse o, incluso, retirar el título. Parece que la anotación se extiende de oficio y sin previo aviso, una vez presentado el título y confrontada la finca inscrita con la representación gráfica suministrada previamente por la Administración al Registro. Y, si se aplica la regla 4.^a en la primera modalidad, es decir inscribiendo el título dejando constancia por nota marginal en el asiento de quedar supeditado a ese deslinde que no ha empezado y no se sabe si comenzará algún día, el interesado se encontrará con un asiento practicado que está bajo la salvaguardia de los tribunales y contra el que no le cabe recurso.

Este último inconveniente se salva si el registrador opta por suspender desde el primer momento el asiento pidiendo al interesado que aporte certificado de no invasión, es decir, como si hubiéramos vuelto al artículo 35 del anterior Reglamento. En el anexo 13 recojo la *resolución de 23 de agosto de 2016* en la que se dice que, no habiéndose incorporado al Sistema Informático Registral la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral de la línea de DPMT y servidumbres, que es el eje fundamental sobre el que gira ahora la tutela del DPMT, lo procedente, si se sospecha la posibilidad de invasión, es *pedir al interesado que se procure por sus propios medios la certificación*. Esta solución se entendería si la Ley de Costas exigiera en todo caso para practicar asientos distintos de la inmatriculación o el exceso de cabida que se acreditara la no invasión. Pero, como hemos visto, no es así. La obligación se establece precisa y únicamente en el artículo 36 del Reglamento. En mi opinión, si falta la incorporación al Sistema Informático Registral no cabe aplicar el resto del precepto ni pedir al interesado que sea él quien se procure la certificación. No hay habilitación ni en la Ley ni, en este caso tampoco, en el propio artículo 36, por lo que resultan ambos vulnerados y el procedimiento registral innecesariamente detenido mientras se consigue el documento en cuestión.

Además la extensión a segundos y posteriores asientos de requisitos previstos para inmatriculación y exceso de cabida implica dar un tratamiento uniforme a realidades legalmente diferenciadas, obstaculiza impropio el tracto registral e infringe el principio de jerarquía normativa:

B) Tratamiento uniforme de realidades legalmente diferenciadas.— La extensión a segundos y posteriores asientos de requisitos previstos para inmatriculación y exceso de cabida supone desconocer la diferencia esencial entre propiedad registrada y no registrada, igualando el tratamiento de realidades legalmente distintas. Cabe añadir que desde un punto de vista cuantitativo supone un enorme incremento del ámbito de aplicación de la legislación de costas, porque hoy en día casi toda la propiedad está registrada y hay a lo largo de

la costa española cientos de miles de propiedades colindantes con el DPMT, muchas de ellas viviendas familiares. Debo reconocer que la preocupación por la inseguridad que el artículo 36 RGC/2014 introduce en las relaciones jurídicas, la impresión de convertir al Registro en una trampa que permitió entrar libremente al comprador, español o extranjero, pero después no le permite salir y la nefasta imagen que transmite a propios y extraños del sistema registral español es la razón de ser de este informe.

C) *Obstaculización improcedente del tracto registral.*— El artículo 36 RGC/2014 carece de cobertura legal. Esta habilitación es imprescindible en la medida en que impone un gravamen al ciudadano que tiene derecho a disfrutar de la protección registral con manifiesto quebrantamiento de uno de los principios básicos del sistema español de seguridad jurídica preventiva, que es el de la concordancia del Registro con la realidad.

D) *Oposición a norma de rango superior.*— Infringe, además, la vigente Ley Hipotecaria que, tras la Ley 13/2015, regula, con carácter general, las operaciones que requieren del registrador la comprobación de no resultar afectado el dominio público sin que alcance a todo asiento que se deba extender en el folio de fincas inmatriculadas, por lo que su eficacia derogatoria afecta directamente al artículo 36 del Reglamento de Costas.

3. DERIVADAS DE LA CONTRADICCIÓN CON LA LEY DE COSTAS

Como hemos visto el artículo 36 RGC/2014 empieza diciendo: «*Normas aplicables a las segundas y posteriores inscripciones. En relación con las segundas y posteriores inscripciones sobre fincas que intersecten o colinden con el dominio público marítimo-terrestre, se aplicaran las siguientes reglas:*» En estos párrafos iniciales se excede con mucho la imprescindible cobertura que habría de prestar el artículo 16 de la Ley de Costas, que solo permite cerrar el Registro a una segunda o posterior inscripción que implique un exceso de cabida, careciendo de cobertura lo que rebase dicho límite.

La regla 1.^a del artículo 36 parte de la base de un deslinde inscrito en fincas de la misma zona, ordenando que si las fincas vecinas forman parte del DPMT se deniegue la inscripción de la que solicita un asiento posterior, aunque en el folio correspondiente no haya ni rastro del expediente de deslinde. Se trata de un insólito defecto insubsanable por proximidad física. Creo que incluso quienes defiendan que se deniegue la segunda o posterior inscripción si la invasión del dominio público resulta de la certificación en el caso de la regla 3.^a deberían reconocer que es una evidente falta de criterio jurídico equiparar ambos supuestos. No es, desde luego, la única, como veremos.

La regla 2.^a se refiere al caso de ser colindante o invadir (intersectar) el DPMT según la representación gráfica suministrada por la Administración al

Registro de la Propiedad ordenando al registrador que tome de oficio una in-nominada anotación preventiva y que pida a la propia Administración que co-robore o descarte dicha invasión. Si la Demarcación de Costas no contesta se convierte la anotación en inscripción.

Si certifica que interseca (regla 3.^a) se deniega la segunda o posterior inscripción; si no hay deslinde aprobado, esté o no iniciado, se inscribe el documento dejando nota en la finca (regla 4.^a).

Contemplado el artículo 36 desde la perspectiva de los artículos de la Ley de Costas y de los precedentes artículos del mismo Reglamento del que forma parte resulta que lo que no es ilegal, por evidente extralimitación, es innecesario:

A) *Deslinde concluido.*— Si el deslinde se tramitó conforme a la legislación anterior, como la disposición transitoria 4.^a de la Ley 2/2013 obliga a inscribir en el Registro de la Propiedad en el plazo de dos años a favor del Estado las fincas que resulten incluidas en el DPMT hoy en día, transcurrido con exceso dicho plazo, debe entenderse que si el folio registral no recoge la rectificación derivada del deslinde es porque no afectó a la finca.

Si el deslinde se tramitó aplicando la legislación de Costas vigente e incluye en el DPMT la finca registral en cuyo folio se ha solicitado una segunda o posterior inscripción, su titular ha debido ser oído en el expediente (art. 12.1 L.C.) y en el folio ha debido extenderse la nota marginal del artículo 12.4. Siendo, como es, ahora obligatorio inscribir el DPMT y existiendo, como existe, una finca que debe pasar del titular registral anterior al Estado, se habrá debido practicar la anotación del artículo 31 del RGC/2014. Pues bien, ninguno de dichos trámites produce cierre registral de la finca sobre las que recae. La Ley de Costas no impide que continúe el tracto registral.

Si, por la razón que sea, no fue oportunamente notificado ni participó en el procedimiento de deslinde el titular registral de esa finca que ahora llama nuestra atención porque se ha solicitado que se extienda una nueva inscripción, el número 3 del mismo artículo 31, que, recuérdese está legalmente habilitado para ello por el artículo 13.2 L.C., impide que la inscripción del deslinde lleve consigo la pérdida del dominio o derechos inscritos sobre la finca ya que solo tendrá efectos cancelatorios *«si media el consentimiento del titular registral o resolución judicial firme, salvo que se acredite su intervención en el procedimiento o la notificación personal en tiempo del mismo, de modo que haya podido ejercer sus derechos en la forma prevista legalmente, exigencia que es igualmente aplicable para los titulares de derechos constituidos sobre la finca y que hayan de cancelarse por ser incompatibles con el dominio público»*.

B) *Deslinde pendiente.*— Aquí se hace más evidente la falta de criterio jurídico de que adolece este artículo 36 *«Cuando la finca interseca o colinde, según la certificación, con zonas de dominio público marítimo-terrestre pendientes de deslinde»*, dice la regla 4.^a, se permite al registrador practicar el asiento que se le ha solicitado, pero le ordena que extienda a la vez en el

folio de la finca una nota marginal de duración indefinida que advertirá de la pendencia de un eventual deslinde que puede no llegar a iniciarse. Es difícil entender el supuesto de hecho por la evidente contradicción que implica certificar que una finca invade o colinda con el DPMT si la zona no está deslindada y, por tanto, no se sabe dónde empieza y dónde termina este. Además, la nota marginal carece de soporte legal alguno, pese a producir un efecto inmediato devaluador de la finca e infringe directamente el artículo 12.4 de la Ley de Costas que únicamente prevé la nota marginal cuando se expide la certificación regulada en dicho artículo, que presupone que se dictó el acuerdo de incoación de deslinde, no antes.

C) *Deslinde incoado*.—En mi opinión, en lo único que se ajusta el artículo 36 del Reglamento a la Ley de Costas es en la segunda alternativa de esta regla 4.^a, si, estando ya incoado el deslinde, el Servicio Periférico de Costas solicita la certificación del artículo 21.3 RGC/2014 y el registrador extiende la nota marginal del artículo 12.4 reformado de la LC.

Pero para esto es por completo innecesario que el artículo 36 repita lo que dicen los artículos 21 y 23 del propio Reglamento General.

Lo esencial, en todo caso, es que ninguno de los demás artículos del Reglamento de Costas que desarrollan el proceso de deslinde imponen ningún tipo de cierre registral de segundas o posteriores asientos registrales, salvo que incluyan un exceso de cabida.

IV. INCONSISTENTE COBERTURA DE LA JURISPRUDENCIA RECAÍDA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 35 DEL REGLAMENTO ANTERIOR

No cabe en mi opinión y pese a la reiterada invocación en las últimas resoluciones DGRN acudir al antiguo reglamento y a su jurisprudencia para justificar el cierre registral del artículo 36 del Reglamento vigente.

El Reglamento de 1989 (anexo 2) añadió, después de los dedicados a la inmatriculación y exceso de cabida de fincas próximas al DPMT, un artículo 35 que decía: «*Las reglas establecidas en los artículos anteriores para la inmatriculación serán también aplicables a la segunda y posteriores inscripciones*».

Este texto no tuvo una aplicación registral pacífica, de hecho se pueden distinguir tres etapas en las resoluciones de la DGRN:

En la primera se consideró que impedía inscribir documentos relativos a fincas inscritas que estuvieran, según su propia descripción registral o la que resultara del título presentado, próximas al DPMT, si no se acompañaba de certificado administrativo que acreditara la no invasión del mismo (anexo 3).

La segunda reacciona contra dicha posición, siguiendo la opinión de la doctrina registral autorizada (anexo 4) entendiendo que era inaplicable por ilegal (anexo 6).

La tercera vuelve a la primera posición confirmando el cierre registral, fundándose en una jurisprudencia que ya existía y era conocida cuando se optó por la segunda (anexo 8).

Aunque esa jurisprudencia (anexo 5) carece hoy de aplicación directa porque se refiere a un Reglamento que está íntegramente derogado por el hoy vigente y a un artículo cuyo texto es manifiestamente distinto del anterior (compárense ambas redacciones) no estará de más decir que el único asidero legal que encontró la Sala Tercera para no anular el artículo 35 en un procedimiento en que su legalidad era cuestión marginal y en el que no se profundiza en ninguna de las cuestiones importantes en juego, fue el artículo 10.1 de la Ley (anexo 1). Podría haberse invocado cualquier otro artículo de los que sientan los principios generales. Lo importante es que las sentencias no se apoyan en los artículos 15 y 16 de la Ley, que eran los únicos susceptibles de proporcionar algún tipo de cobertura legal al antiguo artículo 35. Buscarla en el artículo 10 es tanto como reconocer que carecía de ella, aunque al Tribunal le pareciera acertado, tal vez por no ser consciente ni de las objeciones ni de las consecuencias, que, por otro lado, apenas se consideran por no haber sido oportunamente planteadas por los recurrentes. Me parece evidente que los artículos que desarrollan el artículo 10 de la Ley son los artículos 14, 15 y 16 del Reglamento que regulan la investigación del demanio costero. De ese artículo no puede derivarse directamente nada más que la consulta al Registro de la Propiedad, en ningún caso un cierre registral.

La Ley de Costas diferencia con claridad la propiedad registrada de la no registrada en relación con los deslindes. Para la registrada es especialmente cuidadosa con los trámites que se siguen con el titular registral, evitando que pueda provocarse su indefensión.

Hemos visto que, aún concluido el deslinde y fijada oficialmente la línea del DPMT, aunque una finca registral resulte íntegramente incluida en el mismo no puede anotarse ni, menos aún, causar una cancelación en el Registro de la Propiedad si no se entendió con el propietario inscrito el procedimiento.

E, incluso cuando la tramitación haya sido irreprochable, aún dispone el titular registral de cinco años para impugnar el deslinde ante la jurisdicción civil sin que la anotación del deslinde ya firme impida segundas o posteriores inscripciones.

La posición de la Administración está claramente privilegiada puesto que no solo tiene facultad para decidir por sí sola por dónde va la línea divisoria sino que se ve liberada de la necesidad de ejercitar acción reivindicatoria contra el titular registral ante la jurisdicción civil. Se invierte la carga de demandar y es el propietario inscrito el que tiene que acudir a los tribunales en tiempo y forma si no quiere ver cancelado registralmente su derecho.

Extender dichos privilegios de la Administración hasta el punto de condicionar la extensión de cualquier asiento en el folio de fincas ya inscritas es inaceptable.

Los argumentos que se recogen en el anexo 3 (en particular informe de la Subdirección General); en el anexo 4 (RCDI) y en el anexo 8 (en particular Fundamentos de Derecho 3 y 4 de la resolución de 14 de enero de 2000) son perfectamente aplicables al nuevo artículo 36.

Y, aunque las últimas resoluciones de la DGRN, que incluyo en el anexo 13, aluden, como fuente de incontestable legalidad a las sentencias de la Sala Tercera TS del anexo 5, lo cierto es que tales sentencias se dictan en relación a un artículo que está hoy derogado, como todo el Reglamento del que forma parte y que, a la luz de la doctrina que la misma Sala Tercera ha acuñado con posterioridad en relación precisamente con el ámbito admisible de actuación de los Reglamentos que inciden en la protección que el Registro brinda al derecho de propiedad, que extracto en el anexo 7, el artículo 36 del Reglamento de Costas no supera el juicio de legalidad que sus estrictos criterios imponen.

En todo caso no consta que se haya resuelto en ningún sentido sobre la legalidad del nuevo artículo 36, ni por la jurisdicción civil ni por la contencioso-administrativa.

CONCLUSIONES

I. Creo que con lo dicho hasta aquí queda justificada la inaplicabilidad del artículo 36 del Reglamento de Costas, su falta de eficacia para sostener un cierre registral preventivo que es contrario a la esencia protectora del Registro de la Propiedad, causa un enorme perjuicio al verdadero titular de los derechos y no aparece previsto en la Ley de Costas, careciendo en consecuencia de un soporte legal que es imprescindible.

II. La defensa del DPMT está garantizada por la Ley de Costas mediante facultades y procedimientos completamente exorbitantes respecto de los que están al alcance de los ciudadanos en general sin que se precise añadir más por vía reglamentaria.

III. La vocación generalizadora de la Ley 13/2015 ha llevado a donde tiene que estar, es decir a la Ley Hipotecaria, rigurosas cautelas que garantizan suficientemente la defensa del mismo DPMT, en los casos en que un segundo o posterior asiento puede representar un riesgo, es decir, cuando voluntaria o forzosamente se produce la novedosa coordinación Registro/Catastro.

IV. La cuestión debería resolverse volviendo al texto del borrador de Reglamento que se sometió a información pública, perfectamente respetuoso con la Ley de Costas y con la legislación civil española. De no ser ello posible y en defecto de una deseable rectificación de la doctrina de la DGRN creo que cabe plantear la nulidad del artículo 36 ante la jurisdicción contencioso-administrativa o su inaplicabilidad, ante la jurisdicción civil, pudiendo servir de cauce especialmente adecuado el juicio verbal previsto en el artículo 328 de la

Ley Hipotecaria contra la calificación registral que cierre el Registro cuando el único defecto derive de la aplicación de dicha norma reglamentaria.

ANEXOS. (Solo fragmentos)

ANEXO 1. LEY 22/1988 DE COSTAS, DE 28 JULIO DE 1988, CON ENTRADA EN VIGOR EL 29 DE JULIO DE 1988

Exposición de Motivos

...Y, así, son fallos graves de la vigente legislación, puestos de relieve por los expertos y tratadistas del tema, la escasa definición de zona marítimo-terrestre y de playa, que no llega a cubrir la realidad natural; la prevalencia de la posesión particular amparada por el Registro de la Propiedad, con reivindicación a cargo del Estado, y la adquisición privada del dominio público

Artículo 10. [Investigación del dominio público marítimo-terrestre y recuperación posesoria].

1. La Administración del Estado tiene el derecho y el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde.

Artículo 15. [Inmatriculación registral de fincas situadas en la zona de servidumbre de protección].

1. Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a que se refiere el artículo 23, en la descripción de aquellas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público.

Artículo 16. [Inscripciones de excesos de cabida]

1. Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a las inscripciones de excesos de cabida, salvo que se trate de fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre.

ANEXO 2. REGLAMENTO DE COSTAS APROBADO POR REAL DECRETO 1471/1989, DE 1 DE DICIEMBRE BOE DE 12 DE DICIEMBRE DE 1989 ENTRA EN VIGOR EL 13 DE DICIEMBRE 1990

Artículo 31.

1. Cuando se trate de inmatricular en el Registro de la Propiedad fincas situadas en la zona de servidumbre de protección a que se refieren los artícu-

los 23 de la Ley de Costas y 43 de este Reglamento, en la descripción de aquellas se precisará si lindan o no con el dominio público marítimo-terrestre. En caso afirmativo, no podrá practicarse la inmatriculación si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público.

Artículo 34.

1. Las mismas reglas de los artículos anteriores se aplicarán a las inscripciones de excesos de cabida, salvo que se trate de fincas de linderos fijos o de tal naturaleza que excluyan la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre.

Artículo 35.

Las reglas establecidas en los artículos anteriores para la inmatriculación serán también aplicables a la segunda y posteriores inscripciones.

ANEXO 3. DOCTRINA DGRN. PRIMERA ETAPA. CONFIRMA EL CIERRE

La primera resolución que se ocupa del asunto es la de 16 de diciembre de 1991 que publica el Boletín Oficial del Estado de 26 de marzo de 1992.

En ella se reflejan ya las dos posiciones doctrinales que nos van a acompañar a lo largo de todo este estudio:

El subdirector general de recursos gubernativos considera que no cabe suspender la inscripción solicitada:

«1. Al haberse impugnado exclusivamente el sexto de los defectos de la nota de calificación, la única cuestión que ha de resolverse en el presente recurso es la de decidir si para la inscripción de las ventas cuestionadas relativas a fincas ya inmatriculadas en el Registro de la Propiedad (varios pisos de un edificio constituido en régimen de Propiedad Horizontal), se precisará o no el certificado expedido por la Demarcación de Costas de Valencia acreditativo de que aquellas no invaden el dominio público marítimo-terrestre.

2. Frente a la respuesta afirmativa del registrador, basada en el artículo 35 del Reglamento General para la ejecución de la Ley de Costas, el interesado sostuvo la no necesidad de tal certificación cuando de inscripciones segundas o posteriores se trata, toda vez que no existe norma legal que habilite a la Administración para extender a estas el régimen establecido en el artículo 15 de la Ley de Costas respecto de la inmatriculación.

3. Si se tiene en cuenta: a) que es principio básico de nuestro sistema hipotecario, el de la presunción, a todos los efectos legales, de existencia y pertenencia del derecho inscrito en los términos que resultan del asiento respectivo (*vid.* art. 38 de la Ley Hipotecaria), principio que no es sino una manifestación del mandato normativo recogido en el artículo 1 párrafo 3.º, en cuanto establece que los asientos del Registro producirán todos sus efectos en tanto no se

declare su inexactitud por los procedimientos especiales que con audiencia de interesados la Ley permite; b) que la propia Ley de Costas atribuye al deslinde administrativo de la zona marítimo-terrestre un alcance rectificador de las situaciones registrales incompatibles (*vid.* art. 13 de la Ley de Costas), y al mismo tiempo declara su obligatoriedad en aquellas zonas en que el dominio público no está deslindado o lo esté parcialmente a la entrada en vigor de la Ley (*vid.* su disposición transitoria 13-3); c) que el citado deslinde queda sujeto a determinados requisitos procedimentales, reglamentariamente establecidos, en garantía de los derechos de quienes puedan resultar perjudicados; d) que frente a las hipótesis de verdadera invasión de la zona marítimo terrestre (estuviera o no anteriormente deslindada) pueden concurrir supuestos —previstos específicamente en la Ley de Costas— en los que el dominio particular de las fincas incluidas en aquella zona haya sido reconocida por sentencia firme o la inclusión resulte de un nuevo deslinde de dicha zona para adecuarlos a las características establecidas en la nueva ley (*vid.* disposición transitoria 13, primera, números 1 y 4); e) que es incuestionable el sometimiento de la Administración a la Ley, de manera que esta no puede ser tergiversada por una interpretación parcial o interesada de aquella, y así lo establece tanto el artículo 6º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo en el sentido de que las normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes, y en su virtud carecen de validez en cuanto las contradicen, lo que no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9-3 y 103-1 de la Constitución Española, 1-2.º del Código Civil y 28 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado, habrá de concluirse que *es improcedente extender a las segundas o posteriores inscripciones de fincas ya inmatriculadas, los requisitos establecidos para la inscripción de inmatriculación; en tales hipótesis, no será el adquirente de las fincas inmatriculadas al que corresponderá la acreditación de que estas no invaden el dominio público, sino por el contrario habrá de ser la Administración la que a través del adecuado deslinde, ajustado al procedimiento reglamentariamente establecido, desvirtúe, en su caso, los pronunciamientos registrales que procedan, eliminando así el acceso registral del tráfico jurídico sobre fincas incluidas en el dominio público marítimo-terrestre que por esencia es inalienable* (art. 7 de la Ley de Costas). Madrid, 9 de noviembre de 1991».

El Director General considera que debe confirmarse la calificación negativa y, obviamente, es dicha postura la que prevalece:

2. La negativa a presentar el citado documento por el recurrente se basa en el hecho de que al no tratarse de una inmatriculación de las fincas vendidas, sino de su posterior enajenación, no entra en juego el artículo 15 de la Ley de Costas referido únicamente al primer supuesto, de lo que se deduce que el contenido del artículo 35 de su Reglamento no es aplicable en términos generales al suponer un exceso por parte de la Administración ya que no existe norma legal

alguna habilitante para extender lo establecido respecto de las inmatriculaciones, a las segundas o posteriores inscripciones.

3. Es incuestionable que constituye una garantía para el particular el sometimiento de la Administración a la ley, y la prevalencia de los mandatos de la Ley sobre las disposiciones emanadas de la Administración. En defensa de este principio puede verse el artículo 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y la constante jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal en el sentido de que estas normas administrativas no pueden derogar los preceptos consignados en las leyes y en su virtud carecen de eficacia en cuanto las contradicen. Todo ello no es más que una aplicación del principio de jerarquía normativa recogido en los artículos 9-3 y 103-1 de la Constitución, 1.º-2 del Código Civil y 28 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado.

4. Sentado el anterior principio, y teniendo en cuenta que *no parece sea el recurso gubernativo, con la finalidad limitada de decidir si es o no inscribible un documento, el medio más idóneo para resolver una cuestión como la aquí planteada*, hay que resaltar ante todo la finalidad perseguida por la nueva Ley de Costas... 5. Ahora bien, este artículo 15 se refiere únicamente al supuesto de inmatriculación de finca, pero con ello no se agota la solución al quedar fuera los casos de fincas ya inscritas que pueden encontrarse dentro de la zona marítimo-terrestre y por ello *el Reglamento ha completado en su artículo 35 la total defensa de los bienes demaniales al extender la norma a las segundas o posteriores inscripciones*, siempre en el marco del respeto general a los derechos legalmente adquiridos, estableciendo —como indica la Exposición de Motivos de la Ley— un cuidadoso régimen transitorio que permita la adaptación de las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, a la nueva regulación contenida en la misma, y que habrá de ser tenido en cuenta, como es lógico, por el funcionario calificador una vez le haya sido presentado el Certificado de la Demarcación de Costas y comprobada la situación en que se encuentra el inmueble transmitido.

La misma doctrina se reitera en las resoluciones de 8 de enero y 15 de marzo de 1993.

ANEXO 4. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

El comentario de estas resoluciones publicado en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* de julio-agosto 1995 (número 629, páginas 1.425 a 1.439) contiene, entre otros, los siguientes párrafos:

«para dar una solución a este problema, debe partirse de un doble principio: a) la prevalencia del carácter demanial de la zona marítimo-terrestre; b) el necesario respeto a los principios hipotecarios de legitimación y fe pública registral (arts. 38 y 34 LH), basados en el principio constitucional de propiedad privada

(art. 33 CE), que se traducen en una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la Administración que pretende dejar sin efecto una titularidad inscrita.

Esto explicaría que en las inmatriculaciones de terrenos que puedan invadir la zona marítimo-terrestre el registrador deba actuar con suma cautela, *exigiendo con rigor la certificación del Servicio periférico de Costas favorable a la inmatriculación* (art. 31 Reglamento de Costas).

Pero respecto de las titularidades inscritas, es preciso desvirtuar la apariencia de legitimación y exactitud que se derivan de los asientos registrales. Ello significaría, que pese a las afirmaciones de la Administración de que determinadas fincas se encuentran en zona marítimo-terrestre o de servidumbre de protección, deberá prevalecer las inscripciones del Registro de la Propiedad en tanto no sean desvirtuadas en el correspondiente procedimiento judicial.

Es cierto que las citadas resoluciones hacen aplicación de dicho artículo, pero lo hacen porque entienden que no puede apreciarse en un recurso gubernativo la posible vulneración o contradicción del principio de jerarquía normativa.

Sin embargo, tal argumento no es definitivo, ya que por el contrario son numerosas las resoluciones de la DGRN que sí han hecho aplicación directa del principio de jerarquía normativa para considerar inaplicable un precepto concreto (piénsese, por ejemplo, en la RDGRN de 20 de febrero de 1986 que consideró derogado el artículo 165 del RH por la reforma de la LEC de 1984, o en las RRDGRN de 28 de octubre de 1993, 5 de octubre de 1993, 3 de septiembre de 1992, 28 de junio de 1989, etc. que interpretan el artículo 257 LH superado por la LOPJ de 1985 que atribuye funciones de impulso procedimental a los secretarios de juzgado, etc.).

La conclusión debe ser en consecuencia, que *el artículo 35 del Reglamento de Costas* de 28 de julio de 1988 (*sic*), cuya validez se puso en cuestión en las resoluciones comentadas de 16 de diciembre de 1991 y 8 de octubre de 1993, *va más allá de lo establecido por la propia Ley de Costas, contraría lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución y es claramente contrario a los principios hipotecarios.*

ANEXO 5. SENTENCIAS DE LA SALA TERCERA TS SOBRE EL ARTÍCULO 35 RGC/89

La sección Tercera de dicha Sala pronuncia dos sentencias (la segunda se limita a transcribir entrecomillada la primera) en las que se cuestiona por determinadas asociaciones empresariales la legalidad del artículo 35 del Reglamento de Costas.

Se trata de las sentencias de 17 de julio de 1996 (ECLI: ES: TS: 1996:4435-RJ 1996, 6429) y 27 de mayo de 1998 (ECLI: ES: TS: 1998:3464-RJ 1998, 4195).
«CUARTO

Se pretende, en segundo término, la nulidad del artículo 35 del Reglamento, para lo cual se argumenta, que las limitaciones que los artículos 15 y 16 de la

Ley de Costas establecen para el acceso al Registro de la Propiedad de las fincas situadas en la zona de servidumbre de protección, referidas exclusivamente a la inmatriculación y a las inscripciones de excesos de cabida, se amplían por la norma reglamentaria a la segunda y posteriores inscripciones, paralizándose las hipotecas que los empresarios del sector tienen solicitadas, con el grave quebranto que esto supone para el desarrollo de sus actividades.

La Ley establece en aquellos preceptos las siguientes medidas: a) imposibilidad de practicar la inmatriculación de las fincas que colinden con el dominio público marítimo-terrestre si no se acompaña al título la certificación de la Administración del Estado que acredite que no se invade el dominio público, b) facultad del registrador de requerir al interesado para que identifique y localice la finca en el plano proporcionado al efecto por dicha Administración, c) posibilidad del registrador de suspender la solicitud de inscripción cuando sospeche una posible invasión del dominio marítimo, suspensión que durará hasta que la Administración expida certificación favorable, o hasta que transcurran treinta días desde la petición de oficio de dicha certificación sin que se haya recibido contestación, o hasta que se apruebe el deslinde si este no se hubiese practicado.

Esta serie de medidas de garantía, que tienen por finalidad impedir que terrenos que son de dominio público marítimo terrestre tengan acceso al Registro, como si fueran de propiedad privada, son perfectamente aplicables, y con el mismo fundamento, a las segundas y posteriores inscripciones, pues, en definitiva, están amparadas por el artículo 10 de la Ley de Costas, con arreglo a la cual «La Administración del Estado tiene el derecho y el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde». En esta potestad-función hay que enmarcar al artículo 35 del Reglamento, cuya legalidad queda, por tanto, fuera de toda duda, aunque para ello se utilice como vía el Registro de la Propiedad, cuya naturaleza es la de un servicio público a través del cual se trata de adecuar la realidad física a la jurídica».

ANEXO 6. DOCTRINA DGRN. SEGUNDA ETAPA. LEVANTA EL CIERRE

A) *Resolución de 16 de julio de 1998. Boletín Oficial del Estado de 12 agosto de 1998: «4. El Reglamento ha completado en su artículo 35 la defensa de los bienes demaniales al extender la norma a las segundas o posteriores inscripciones. Ahora bien, dicho precepto debe interpretarse de conformidad con el sentido y finalidad del artículo 15 de la Ley al que desarrolla... 5. Pues bien, si se tiene en cuenta en el presente caso: a) que no se trata de ninguna operación inmobiliario-registral que comporte la alteración de la base física de las fincas; b) que no se introduce en la descripción de las mismas ninguna*

modificación en su situación, superficie ni linderos; c) que se trata de la constitución de un gravamen hipotecario que, como tal, es un derecho sin contacto posesorio de su titular con la finca; d) que la inscripción del título cuestionado proporcionará una indudable utilidad a la Administración, ya que esta viene interesada en conocer cuáles son los titulares de los derechos y cargas reales sobre las fincas afectadas por un expediente de deslinde, al objeto de evitar situaciones de indefensión que vicien de nulidad las actuaciones (*vid.* art. 22 y 23 del Reglamento de Costas); e) que la propia Ley de Costas dispensa de los requisitos establecidos en su artículo 15 a las inscripciones de tal naturaleza que, como en el presente supuesto, excluyan la posibilidad de invasión del dominio público marítimo-terrestre; habrá de concluirse que *es improcedente extender al presente caso los requisitos establecidos por la Ley de Costas para los supuestos de inmatriculación de fincas* y, ello, sin perjuicio de la anotación preventiva de incoación del deslinde que el órgano que tramite el expediente puede interesar respecto de las fincas afectadas por el mismo».

B) *Resolución de 14 de enero de 2000, Boletín Oficial del Estado de 16 de febrero de 2000: «...el legislador adopta diversas cautelas para impedir que a partir de la entrada en vigor de la Ley puedan surgir nuevos pronunciamientos registrales contradictorios con el carácter demanial de los bienes que radican en la zona marítimo terrestre y que se traducen en las exigencias impuestas por los artículos 15 y 16 para la inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público o la inscripción de excesos de cabida de las que ya lo estuvieran... Nada ha previsto la Ley, por el contrario, en relación con posteriores inscripciones de fincas ya inmatriculadas, salvo que sean de exceso de cabida, en que aquella colindancia o ubicación resulte de su descripción o se sospeche por el registrador. Ha sido el Reglamento para el desarrollo y ejecución de la Ley, aprobado por Real Decreto 1471/1999, de 1 de diciembre, el que en su artículo 35 ha remitido para tales supuestos al mismo régimen previsto para las inmatriculaciones... Esta norma, como señalara la resolución de 16 de julio de 1998, no solo carece de cobertura legal, quebrantando el principio de jerarquía normativa —artículos 9-3 de la Constitución, 1-2.º del Código Civil, 51 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o 23 de la Ley del Gobierno—, sino que va en contra de los principios que inspiran la misma Ley que desarrolla y que son coincidentes con los que rigen en el ámbito hipotecario. La presunción a todos los efectos legales del artículo 38 de la Ley Hipotecaria, de la existencia y pertenencia de los derechos inscritos, junto con el mandato normativo contenido en el artículo 1-3.º de la misma Ley cuando establece que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, coordina perfectamente con el régimen de la Ley de Costas. En efecto, esta, si bien establece que las inscripciones registrales no tienen valor obstativo frente al dominio público, exige la previa determinación*

del carácter demanial de los bienes a través del oportuno deslinde (cfr. art. 11 de la Ley), cuyo resultado no prejuzga la existencia de otro previo por cuanto, en su caso, debe practicarse uno nuevo para adecuarlo a las características fijadas por la Ley (disposición transitoria primera 4), siendo su resolución definitiva la que, al constatar la existencia de las características físicas previstas por la propia Ley, declara la posesión y la titularidad dominical a favor del Estado, sirviendo como título suficiente para rectificar aquellas situaciones registrales contradictorias con el resultado de tal deslinde (cfr. art. 13.2), y aun ello en la forma provisional que señala el artículo 23.2 del Reglamento en tanto no transcurra el plazo de que disponen los titulares registrales, que habrán de ser notificados por el registrador, para ejercitar las acciones civiles correspondientes o concluya el juicio de haberse tomado anotación preventiva de la demanda. A ello ha de añadirse la obligación de oír en el procedimiento, previa notificación, a los propietarios colindantes (art. 12.2) cuya relación ha de informar, formulando las observaciones que considere procedentes, el Registrador (art. 22.2.C. del Reglamento), debiendo el órgano que tramite el expediente, cuando en el mismo los interesados aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad, ponerlo en conocimiento del registrador para que por este se practique anotación marginal preventiva (*sic*) de esta circunstancia (art. 12.4 de la misma Ley) aparte de la que facultativamente pueden solicitar una vez iniciado el expediente sobre todas las fincas que puedan resultar afectadas (art. 23.3 del Reglamento). 4. *Resulta claro que el legislador no solo no ha puesto trabas a la inscripción de las transmisiones de las fincas ya inmatriculadas cuya titularidad pudiera verse afectada por el deslinde del dominio público, sino que a los propios fines que persigue considera conveniente que esa inscripción se produzca...* Solo así podrá seguir el expediente con quienes, como titulares registrales, están amparados por la presunción legal de ser los titulares reales; evitará a través de la anotación de la existencia del expediente el tener que notificar, sin perjuicio de oír, a quienes inscriban un derecho con posterioridad, posibilitando así la práctica de los asientos que la aprobación del deslinde haya de ocasionar (cfr. resolución de 5 de noviembre de 1998); y se concretará la legitimación, permitiendo la notificación a quienes lo estén, para enervar provisionalmente la inscripción del dominio público como consecuencia del ejercicio de acciones civiles, así como para solicitar, en su caso, una concesión administrativa.

ANEXO 7. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA LEGALIDAD DE LOS REGLAMENTOS HIPOTECARIO Y NOTARIAL

A) Respecto de la Reforma del Reglamento Hipotecario por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre dice la Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 31 de enero de 2001 ROJ: STS 571/2001 - ECLI:ES:TS:2001:571:

DECIMOTERCERO. Con la exigencia de que en el título concurren tales circunstancias el Reglamento fija condiciones no exigibles para la inscripción, al establecer que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, deberá aquel contener el plazo de duración, que no excederá de setenta y cinco o noventa y nueve años según los sujetos, la determinación del canon o precio si fuese a título oneroso, el plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, los pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario y la garantía de trascendencia real con la que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad, que *al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (art. 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (art. 149.6ª y 8ª).*

DECIMOQUINTO. La categórica norma reguladora del plazo de vigencia del asiento de presentación, contenida en el párrafo segundo de los artículos 17 y 19 de la Ley Hipotecaria, no permite interpretarla con el alcance, propuesto por los demandados, de estar abierta la posibilidad de prórroga reglamentaria de la vigencia del asiento de presentación, sin perjuicio de que en los artículos 111 y 432 del propio Reglamento, a los que por razones de congruencia no puede llegar el contraste de legalidad en este proceso, se permita dicha prórroga.

No cabe admitir otras excepciones a la norma general, contenida en los citados artículos 17 y 19 de la Ley Hipotecaria, de vigencia durante sesenta días del asiento de presentación que las establecidas por la propia Ley, ...es inaceptable que el Reglamento por vía de prórroga de la duración del plazo para calificar e inscribir, lleve a cabo una ampliación del plazo de presentación, ignorando o despreciando los derechos de terceros, que dependen de que el asiento de presentación adquiera o no carácter definitivo convirtiéndose en una inscripción.

...Frente a este planteamiento, debemos manifestar una vez más que *no es ajustado a Derecho que un Reglamento amplíe las limitaciones impuestas por la Ley a otros supuestos no contemplados en esta*, de manera que, como acertadamente sostienen las demandantes, la limitación del artículo 207 de la Ley Hipotecaria solo es aplicable a las inmatriculaciones de excesos de cabida practicadas con arreglo al artículo 205 de la Ley Hipotecaria y no a las demás y, por consiguiente, el párrafo último del artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario no puede extender dicha limitación a las inscripciones de excesos de cabida practicadas conforme al apartado ocho del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, ni a las practicadas en virtud de expediente de dominio (art. 201 de la Ley Hipotecaria) o de acta de presencia y notoriedad regulada en el apartado diez del artículo 53 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, y,

en consecuencia, el precepto cuestionado (párrafo último del artículo 298.3 del Reglamento Hipotecario) debe ser declarado radicalmente nulo».

B) Respecto de la Reforma del Reglamento Notarial por Real Decreto de 19 de enero de 2007 la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 20 mayo 2008 RJ 2008, 3491. ROJ: STS 2176/2008 - ECLI:ES:TS:2008:2176 dice, entre otras cosas:

FD. TERCERO... Tal actividad reglamentaria está subordinada a la Ley en sentido material (arts. 97 CE, 51 Ley 30/92, en cuanto no podrán regularse reglamentariamente materias objeto de reserva de ley, material y formal, y sin perjuicio de la función de desarrollo o colaboración con respecto a la Ley, *los reglamentos no pueden abordar determinadas materias*, como las que indica el citado artículo 23 de la Ley 50/97, de 27 de noviembre, del Gobierno (tipificar delitos, faltas o infracciones administrativas, establecer penas o sanciones, así como tributos, cánones u otras cargas o prestaciones personales o patrimoniales de carácter público)... En nuestra más reciente jurisprudencia se ha acogido también, de manera concreta, como *límite de la potestad reglamentaria la interdicción de la arbitrariedad, establecida para todos los poderes públicos en el artículo 9.3 CE. Principio que supone la necesidad de que el contenido de la norma no sea incongruente o contradictorio con la realidad que se pretende regular, ni con la «naturaleza de las cosas» o la esencia de las instituciones.*

F.D. SEXTO.. Tales efectos se proyectan sobre el derecho de propiedad, comprometido en gran parte de los actos o negocios jurídicos en cuestión, afectando a su adquisición, conservación y eficacia, materia que por lo tanto ha de entenderse sujeta a reserva de Ley según resulta del artículo 33.2 de la Constitución, en relación con el artículo 53.1 de la misma, en cuando incide en aspectos sustanciales del ejercicio y alcance del derecho... *Tal reserva de Ley no impide la colaboración reglamentaria siempre que se trate de desarrollar y completar las previsiones legales y que no responda a una remisión general e incondicionada ...* precisando que no se excluye «que las Leyes “contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución a favor del legislador” (STC 83/1984, de 23 de julio, F. 4, confirmado, por todos, en el F. 14 de la STC 292/2000, de 30 de noviembre [RTC 2000, 292] ...“este Tribunal, en su STC 37/1987, de 26 de marzo (RTC 1987, 37), F. 3, tuvo ocasión de decir que *esta reserva de Ley ‘prohíbe... toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada (estaba en juego la Ley andaluza de reforma agraria, aclaramos ahora) por reglamentos independientes o extra legem’, pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos”*».

F.D. VIGESIMOSEXTO. ...Se funda la impugnación en la infracción del principio de reserva de Ley en materia de procedimiento, administrativo o judicial (arts. 105 y 117 CE), fundamento que se reitera en otras impugnaciones, por lo que conviene señalar que *el procedimiento como garantía de la defensa y ejercicio de los derechos y titularidades jurídicas de los ciudadanos y de que la actuación del órgano, autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones se ajusta a los cauces legales y se desenvuelve en el ámbito que le es propio, constituye una manifestación del sistema de garantías de que se dota el ordenamiento jurídico para su efectiva y recta aplicación, cuya trascendencia y relevancia ha sido apreciada por el Constituyente que ha venido a establecer reservas de Ley en la materia, que se plasman en el artículo 105.c de la Constitución para el ámbito del procedimiento administrativo y el artículo 117 en lo que atañe al procedimiento judicial, reserva que supone garantizar que la regulación de esa materia responde a la voluntad del legislador en el efectivo ejercicio de su función, que no cabe trasladar al ámbito reglamentario sino es a efectos de complemento de las previsiones de la Ley, que ha de contener una regulación suficiente, según doctrina del Tribunal Constitucional a la que ya nos hemos referido antes.*

ANEXO 8. DOCTRINA DGRN. TERCERA ETAPA. VUELVE A CONFIRMAR EL CIERRE

A) *Resolución de 6 de octubre de 2008, BOE 7 de noviembre de 2008 .* Supone la vuelta a la primera doctrina: 3. Lo cierto sin embargo, es que en este punto el Reglamento de Costas ha sido declarado ajustado a la ley por el propio Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), en sentencias de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998, por lo que este Centro Directivo debe acomodar su doctrina a dicha jurisprudencia.

B) La resolución de 6 de septiembre de 2012 (BOE de 12 de octubre de 2012) confirma la anterior, aludiendo por primera vez a ser indiscutible la legalidad del reglamento: *Se trata, por tanto, de una cuestión de interpretación de un precepto, el artículo 35 del Reglamento de Costas, cuya vigencia y legalidad resulta indiscutida y procede reafirmar sobre la base de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo, a la que esta Dirección General adecuó su doctrina en resoluciones de fechas 6 de octubre de 2008 y 18 de agosto de 2010... 3. Sentado lo anterior, y para determinar el criterio que procede aplicar, se ha de partir de una interpretación sistemática del contenido del artículo 35 del Reglamento de Costas y, con ello, tener en cuenta el contenido del resto de preceptos que, tanto en la Ley de Costas como en su Reglamento, establecen las medidas a través de las cuales la Administración del Estado puede llevar a cabo, según prevé el artículo 10 de la Ley de Costas, «el derecho y deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes*

al dominio público marítimo terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde». Es, en dicho precepto, en el que las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 1996 y 27 de mayo de 1998 fundan la legalidad del contenido del artículo 35 del Reglamento de la Ley de Costas. Por tanto, *se ha de entender que la exigencia de previa certificación administrativa como requisito para practicar segundas o sucesivas inscripciones de fincas lindantes con la ribera del mar y, por tanto, situadas en la zona de protección, tiene por objeto hacer posible el ejercicio, por la Administración Pública, de su derecho y deber de investigar si dicha finca invade o no el dominio público, investigación que no puede quedar excluida por el hecho de que la finca en cuestión estuviere ya inmatriculada.*

ANEXO 9. REFORMA DE LA LEY DE COSTAS POR LA LEY 2/2013, DE 29 DE MAYO DE PROTECCIÓN Y USO SOSTENIBLE DEL LITORAL Y DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 22/1988, DE 28 DE JULIO DE 1988 DE COSTAS:

A) Fragmentos del preámbulo.

«El legislador de 1988 optó por que los efectos de sus disposiciones, que introducían notables cambios en relación con el régimen anterior, no fuesen inmediatos sino que se demorasen en el tiempo. Entre tanto, y precisamente en atención a ese horizonte temporal declinante, la aplicación de la norma ha dado lugar a una litigiosidad crónica. Y en no pocos supuestos, ni siquiera ha llegado a aplicarse, tolerándose situaciones inaceptables medioambientalmente que aún no han sido resueltas. Tanto la aplicación conflictiva como la inaplicación o incluso la impotencia de la norma para imponerse sobre realidades sociales consolidadas son la prueba de que aquella concepción debe ser corregida.

Frente a esta situación, la presente reforma proporciona seguridad jurídica estableciendo un marco en el que las relaciones jurídicas en el litoral puedan tener continuidad a largo plazo.

La eficacia en la protección y defensa del dominio público marítimo-terrestre impone que se establezca como obligatoria la inscripción de estos bienes. Se sigue así el criterio general establecido por la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (RCL 2003, 2594), con el propósito de lograr la concordancia entre la realidad física de la costa y el Registro de la Propiedad.

El nuevo marco normativo pretende dotar a las relaciones jurídicas que se dan en el litoral de una mayor seguridad jurídica. Su ausencia ha generado problemas que van más allá de los estrictamente jurídicos, y que han provocado desconfianza y desconcierto. Hasta el punto de que un informe del Parlamento europeo de 20 de febrero de 2009, insta a las autoridades españolas «a que revisen urgentemente y, en su caso modifiquen la Ley de Costas a fin de

proteger los derechos de los legítimos propietarios de viviendas y de aquellos que poseen pequeñas parcelas en zonas de la costa que no tienen un impacto negativo sobre el medio ambiente costero...».

La reforma garantiza la constancia registral del proceso administrativo de deslinde, mediante la anotación marginal en la inscripción de todas las fincas que puedan resultar afectadas por este.

B) *Textos de la ley de reforma.* La modificación legal deja intactos los artículos 10, 15 y 16 de la Ley de Costas, reforzando la conexión con el Registro de la Propiedad mediante la reforma, entre otros, de los siguientes apartados:

Artículo 11.2. *Practicado el deslinde, la Administración del Estado deberá inscribir los bienes de dominio público marítimo-terrestre, de acuerdo con la Ley 33/2003, de 3 de noviembre de Patrimonio de las Administraciones Públicas».*

Artículo 12

«4. El acuerdo de incoación del expediente de deslinde, acompañado del plano del área afectada por el mismo y de la relación de propietarios afectados, se notificará al Registro de la Propiedad, interesando certificación de dominio y cargas de las fincas inscritas a nombre de los titulares que resulten del expediente y de cualesquiera otras fincas que resulten del plano aportado y de los sistemas de georreferenciación de fincas registrales, así como la constancia de la incoación del expediente en el folio de cada una de ellas.

Con carácter simultáneo a la expedición de la referida certificación, el registrador extenderá nota marginal en el folio de las fincas de las que certifique...».

Artículo 13.

«2. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la Administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público. En todo caso los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial».

Disposición transitoria cuarta. Inscripción de los bienes de dominio público

Para el cumplimiento de la obligación de inscribir los bienes de dominio público, la Administración General del Estado tendrá un plazo de dos años contados a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

ANEXO 10. BORRADOR DEL PROYECTO DEL REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS SOMETIDO A INFORMACIÓN PÚBLICA

La modificación de la Ley llevó consigo la del Reglamento de Costas a cuyo efecto se redactó por el Ministerio del ramo el correspondiente proyecto que fue sometido a información pública.

En dicho texto sometido a información de los afectados se da una nueva redacción a los artículos que nos interesan. Su texto, al que todavía puede accederse en la web ministerial, <http://www.mapama.gob.es/es/costas/participacion-publica/Reglamento.aspx>, era el siguiente:

Inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre

Artículo 33. Inmatriculación e inscripción de los excesos de cabida en fincas situadas en la zona de servidumbre de protección.

1. Únicamente se procederá a la inmatriculación o inscripción de excesos de cabida respecto de fincas que intersecten con la zona de servidumbre de protección, cuando se acredite en el procedimiento registral la no invasión del dominio público marítimo-terrestre.

Artículo 34. Comprobaciones registrales previas a la inmatriculación o inscripción del exceso de cabida de las fincas situadas en servidumbre de protección y su descripción registral.

Artículo 36. Denegación de la inmatriculación o de la inscripción del exceso de cabida por invasión del dominio público.

El registrador denegará en todo caso la inmatriculación o la inscripción del exceso de cabida solicitado cuando la finca invada el dominio público marítimo-terrestre.

ANEXO 11. REAL DECRETO 876/2014, DE 10 OCTUBRE POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO GENERAL DE COSTAS

Preámbulo

«Durante su tramitación, este reglamento se ha sometido a información pública, en la que han participado numerosos sectores, organismos y entidades afectados. Asimismo, se ha solicitado informe a los departamentos ministeriales afectados y se ha sometido a deliberación del Consejo Asesor de Medioambiente».

Sección 2ª. Potestades de la administración

Artículo 14. Potestades de la Administración General del Estado sobre los bienes de dominio público marítimo-terrestre.

1. La Administración General del Estado tiene el derecho y el deber de investigar la situación de los bienes y derechos que se presuman pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre, a cuyo efecto podrá recabar todos los datos e informes que considere necesarios y promover la práctica del correspondiente deslinde.

Artículo 15. Procedimiento de investigación de los bienes de dominio público marítimo-terrestre.

1. La potestad de investigación se ejercerá por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de oficio o a instancia de cualquier persona, a la que se notificará, en su caso, la incoación del expediente.

2. Iniciado el expediente de investigación, el Servicio Periférico de Costas practicará las pruebas que considere pertinentes para la constatación de las características físicas y de la situación jurídica de los bienes investigados, pudiendo abrir, si lo considera oportuno, un periodo de información pública por el plazo de un mes. Por causas excepcionales debidamente motivadas dicho plazo podrá reducirse hasta los 15 días.

3. Concluida la investigación se adoptará la resolución que resulte procedente entre las siguientes:

- a) Promover expediente de recuperación posesoria.
- b) Iniciar el correspondiente deslinde.
- c) Archivar las actuaciones.

Dicha resolución habrá de ser en todo caso motivada y comunicada a la persona que instara su inicio, en su caso.

Artículo 21. Procedimiento

2. El Servicio Periférico de Costas, una vez elaborado el plano de delimitación provisional de la zona de dominio público y de la de servidumbre de protección, y obtenidos de la Sede Electrónica de la Dirección General del Catastro los planos catastrales y las certificaciones catastrales descriptivas y gráficas de los inmuebles afectados, donde consten la referencia catastral y los datos de identificación de los titulares catastrales y colindantes, procederá en el plazo de quince días desde la incoación del expediente a:

c) La notificación al registro de la propiedad del acuerdo de incoación del expediente de deslinde, acompañado del plano del área a deslindar y de la relación de propietarios, interesando la certificación de dominio y cargas de las fincas inscritas a nombre de los propietarios incluidos en el expediente y de cualesquiera otras que colinden o intersecten con el dominio público marítimo-terrestre, según resulten del plano aportado y de los planos catastrales, así como la constancia de la incoación del expediente en el folio de cada una de ellas.

El plano del área afectada por el deslinde deberá constar debidamente georreferenciado, con identificación de las parcelas, acompañándose de la referida documentación catastral a fin de que el registrador de la propiedad, al expedir la certificación, verifique la correspondencia de dicha relación de propietarios con el contenido de los asientos registrales o ponga de manifiesto las discrepancias que resulten de los mismos. Si en el expediente se incluyesen fincas no inscritas, el Servicio Periférico de Costas podrá solicitar simultáneamente que con carácter previo se tome anotación preventiva por falta de inscripción previa.

Artículo 26. Aprobación del deslinde

2. *Dicha orden se notificará a los propietarios que se encuentren incluidos en el dominio público marítimo terrestre y los colindantes, y a quienes hayan comparecido en el expediente acreditando su condición de interesados, teniendo tal consideración las organizaciones legitimadas al amparo del artículo 2.2 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, así como a la comunidad autónoma,*

al ayuntamiento, al Catastro y al Registro de la Propiedad, y se publicará en el «Boletín Oficial del Estado».

Artículo 31. Rectificación de las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde.

1. La resolución de aprobación del deslinde será título suficiente para rectificar, en la forma y condiciones que se determinan en este artículo, las situaciones jurídicas registrales contradictorias con el deslinde. Dicha resolución será título suficiente, asimismo, para que la administración proceda a la inmatriculación de los bienes de dominio público. En todo caso los titulares inscritos afectados podrán ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial (art. 13.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio).

2. Para la rectificación de las inscripciones registrales contradictorias sobre bienes y derechos afectados por un deslinde aprobado tras la entrada en vigor de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, y cuyos titulares hayan sido incluidos en el expediente y notificados del mismo o bien hayan adquirido con posterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas de las fincas inscritas a que se refiere el artículo 21. 3 de este reglamento, se aplicará el siguiente procedimiento:

a) *La aprobación del deslinde será título suficiente para su anotación preventiva, con indicación de la naturaleza del dominio público de los bienes o parte de los mismos incluidos en aquel. Dicha anotación tendrá un plazo de vigencia de cinco años y no impedirá la práctica de asientos posteriores, si bien en todo caso los mismos quedarán supeditados a las resultas de la firmeza del deslinde, extremo que será consignado expresamente en el asiento que se practique y advertido por el registrador de la propiedad en toda la información registral que emita, así como en las notas de despacho o calificación que extienda.*

b) *La práctica de dicha anotación se notificará por el registrador de la propiedad a los titulares de dominio y demás derechos inscritos que puedan resultar afectados, mediante comunicación dirigida al domicilio que conste en el expediente o en el Registro, y de no ser conocido o resultar infructuosa, a través del Boletín Oficial de la Provincia, insertando además edictos en el tablón de anuncios del Registro de la Propiedad y en el ayuntamiento respectivo, así como en la sede electrónica de los Registros. La práctica de la notificación se hará constar por nota marginal en la finca afectada.*

c) *Si en el plazo de cinco años y un mes desde la fecha de aprobación del deslinde no se produce el acceso al Registro de las anotaciones preventivas de demandas derivadas de las acciones promovidas por los titulares inscritos, la anotación del deslinde se convertirá directamente en inscripción definitiva de dominio, debiendo proceder de oficio el registrador de la propiedad a la rectificación o cancelación de las inscripciones existentes contradictorias con el dominio público, conforme a lo previsto en la legislación hipotecaria. En otro*

caso se estará al resultado del juicio correspondiente, quedando automáticamente prorrogada la vigencia de la anotación preventiva de deslinde hasta la conclusión del mismo, una vez se haya tomado anotación de la demanda interpuesta.

3. Tratándose de inscripciones contradictorias sobre fincas que, no obstante estar afectadas por un expediente de deslinde, no se haya hecho constar, por cualquier circunstancia, la incoación del mismo por nota marginal, así como la expedición de la correspondiente certificación de titularidad y cargas, a los efectos de su notificación por la administración, *solo procederá su cancelación si media el consentimiento del titular registral o resolución judicial firme, salvo que se acredite su intervención en el procedimiento o la notificación personal en tiempo del mismo, de modo que haya podido ejercer sus derechos en la forma prevista legalmente, exigencia que es igualmente aplicable para los titulares de derechos constituidos sobre la finca y que hayan de cancelarse por ser incompatibles con el dominio público.*

Sección 4ª. Inmatriculación de fincas colindantes con el dominio público marítimo-terrestre

Artículo 33. Inmatriculación e inscripción de los excesos de cabida en fincas situadas en la zona de servidumbre de protección.

1. El registrador denegará en todo caso la inmatriculación o la inscripción del exceso de cabida solicitado cuando la zona del dominio público marítimo-terrestre con la que intersecte la finca sea la resultante de un expediente de deslinde ya aprobado e inscrito o anotado en el Registro de la Propiedad.

Artículo 36. Normas aplicables a las segundas y posteriores inscripciones (ver texto íntegro al final del epígrafe II.-2 del informe).

ANEXO 12. MODIFICACIÓN DE LA LEY HIPOTECARIA POR LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO, DE REFORMA DE LA LEY HIPOTECARIA APROBADA POR DECRETO DE 8 DE FEBRERO DE 1946 Y DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CATASTRO INMOBILIARIO, APROBADO POR REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2004, DE 5 DE MARZO. BOE NÚM. 151, DE 25 DE JUNIO 2015. ENTRADA EN VIGOR: 01 DE NOVIEMBRE DE 2015.

A) Fragmentos del preámbulo

La reforma tiene un contenido global y alcanza a las relaciones entre Catastro y Registro y a todos los procedimientos en los que estas existen. Ello explica que se incorporen a la reforma los procedimientos registrales que puedan afectar a las realidades físicas de las fincas, como los de inmatriculación —tanto de los particulares como de las Administraciones—, deslindes, excesos o rectificaciones de cabida, a los que se refieren los artículos 198 y siguientes de la Ley Hipotecaria. De esta forma se prevé, por una parte, un marco regulatorio general de relaciones, que se recoge en los artículos 9 y 10, y también uno

específico, relativo a las que se producen dentro de cada uno de los procedimientos particulares.

B) *Articulado*

Artículo primero. Modificación de la Ley Hipotecaria en su redacción aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946.

Uno. El artículo 9 queda redactado del siguiente modo:

b) *Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.*

Asimismo, dicha representación *podrá incorporarse con carácter potestativo al tiempo de formalizarse cualquier acto inscribible, o como operación registral específica.* En ambos casos se aplicarán los requisitos establecidos en el artículo 199.

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.*

Una vez inscrita la representación gráfica georreferenciada de la finca, su cabida será la resultante de dicha representación, rectificándose, si fuera preciso, la que previamente constare en la descripción literaria. El registrador notificará el hecho de haberse practicado tal rectificación a los titulares de derechos inscritos, salvo que del título presentado o de los trámites del artículo 199 ya constare su notificación.

El artículo 10 queda redactado del siguiente modo:

«1. La base de representación gráfica de las fincas registrales será la cartografía catastral, que estará a disposición de los registradores de la propiedad.

4. En toda forma de publicidad registral habrá de expresarse, además de la referencia catastral que corresponda a la finca, si está o no coordinada gráficamente con el Catastro a una fecha determinada.

5. *Alcanzada la coordinación gráfica con el Catastro e inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro, se presumirá, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 38, que la finca objeto de los derechos inscritos tiene la ubicación y delimitación geográfica expresada en la representación gráfica catastral que ha quedado incorporada al folio real.*

El artículo 199 queda redactado del siguiente modo:

«1. El titular registral del dominio o de cualquier derecho real sobre finca inscrita podrá completar la descripción literaria de la misma acreditando su ubicación y delimitación gráfica y, a través de ello, sus linderos y superficie, mediante la aportación de la correspondiente certificación catastral descriptiva y gráfica.

El registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público.

Disposición derogatoria única. Derogación normativa.

Quedan derogadas cuantas normas se opongan a lo previsto en la presente Ley.

ANEXO 13. DOCTRINA DGRN APLICANDO LA LEGISLACIÓN DE COSTAS VIGENTE.

A) Resolución de 23 de agosto de 2016. BOE de 23 de septiembre de 2016

2. La necesidad de aportar certificado acreditativo de la no invasión del dominio público marítimo-terrestre en toda transmisión de inmuebles lindantes con el dominio público se establecía en el artículo 35 en relación con los artículos 31 y 33 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre (RCL 1989, 2639 y RCL 1990, 119), por el que se aprueba el reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio (RCL 1988, 1642), de Costas, hoy derogado. *La legalidad de este precepto fue indiscutida sobre la base de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo*, a la que esta Dirección General adecuó su doctrina en resoluciones de fechas 6 de octubre de 2008 y 18 de agosto de 2010.

Tras la derogación de la citada norma, la cuestión de la protección registral del dominio público marítimo-terrestre en segundas y posteriores inscripciones viene regulada en el artículo 36 del Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas, cuya regla 2.ª dispone el modo de proceder del registrador... Para la debida comprensión de este precepto debe contemplarse conjuntamente con el contenido de toda la Sección cuarta del Capítulo III del actual Reglamento de Costas, reguladora de las inmatriculaciones y excesos de cabida que puedan afectar a este dominio público.

El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en esta regulación es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del artículo 33).

Esta previsión ha de ponerse en necesaria correlación con la aplicación informática para el tratamiento de representaciones gráficas georreferenciadas de que han de disponer todos los Registradores, como elemento auxiliar de calificación, conforme al artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria en su redacción por la Ley 13/2015, de 24 de junio .

Dicha aplicación deberá permitir relacionar las representaciones gráficas de las fincas con las descripciones 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.

De todas estas normas resulta que con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación al dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas.

Llegados a este punto, cabe plantear cuál debe ser el proceder del registrador en los casos en los que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas, ya sean las existentes conforme a la normativa anterior a la Ley 13/2015, o ya sean las previstas en dicha Ley en fase de pilotaje o una vez homologadas, no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, por no haberse implantado plenamente el sistema informático previsto en las normas expuestas en el punto anterior.

En tales casos el registrador no podrá proceder conforme a lo previsto en la citada regla 2.ª del artículo 36 del Reglamento de Costas al faltar el primer presupuesto para su aplicación, como es la determinación de la colindancia o intersección según la repetida representación gráfica del dominio público y las servidumbres legales.

Por ello, la única forma de lograr esta determinación será la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas de la que resulte la colindancia o intersección así como si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito, todo ello según la representación gráfica que obre en tal Administración.

B) Resolución de 27 de junio de 2017. BOE de 21 de julio de 2017

«1. En diciembre de 2015 se otorga escritura pública de compraventa de una finca inmatriculada. En julio de 2016 se practica nota marginal en el folio real de dicha finca expresiva de que invade parcialmente el dominio público

marítimo-terrestre y que está afectada parcialmente por la zona de servidumbre de tránsito y por la zona de servidumbre de protección.

En diciembre de 2016 se presenta la escritura al Registro de la Propiedad, y el registrador, tras efectuar la pertinente búsqueda en la aplicación informática gráfica registral homologada y en los distintos servicios en línea a que Registro de la Propiedad tiene acceso, *suspendió la inscripción por apreciar posible invasión del dominio público y practicó anotación preventiva por 90 días conforme a la regla 2.ª del artículo 36 del Real Decreto 876/2014*, de 10 de octubre. Notificó tal extremo al Servicio Periférico de Costas para que certificase si la finca que nos ocupa invadía efectivamente el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con las servidumbres de protección y tránsito.

Recibida comunicación y certificación firmadas por el jefe de la Demarcación de Costas en Valencia —Dirección General de la Sostenibilidad de la Costas y del Mar—, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente, que adjunta ortofotografía de la parcela e inmueble, de ellas resulta que la finca situada en el término de Sueca, con referencia catastral 7660903YJ-3476S0001KR, está afectada por la legislación de costas, de acuerdo con el deslinde DL-54-Valencia aprobado por Orden Ministerial de fecha 9 de octubre de 2007, según se indica..

En base a ello, el registrador acuerda denegar la inscripción de la compraventa y cancela la anotación de suspensión practicada.

3. *En el presente caso, el dato de que la finca intersecta con la delimitación del dominio público marítimo-terrestre, o dicho con otras palabras, que lo invade en parte, resulta con claridad de varias fuentes distintas, y todas ellas concordantes.*

C) *Resolución de 7 de marzo de 2018. BOE de 27 de marzo de 2018*

«3. ...En consecuencia, *debe confirmarse la calificación, pues dados los términos del pronunciamiento del Servicio de Costas no puede practicarse la inscripción, ni el registrador puede proceder en el modo previsto en el apartado 4 del artículo 36 del Reglamento General de Costas, para los supuestos de zonas pendientes de deslinde, tal y como alega el recurrente. Ello sin perjuicio del derecho del interesado a accionar, si a su derecho conviene, para obtener la revisión en la vía que corresponda de la resolución y certificación del jefe del servicio de Costas, o de la propia Orden Ministerial cuya validez o eficacia parece cuestionar.*

Y sin que por otra parte competa al registrador poner en duda los términos del certificado o el valor del deslinde al que se refiere el mismo, tal y como pretende el recurrente, ni sea el recurso contra la calificación el medio adecuado para contender acerca del contenido de dicha resolución administrativa o del deslinde en que se fundamenta (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria)».

ANEXO 14. DOCTRINA DGRN APLICANDO LA LEY 13/2015

A) *Resolución de 15 de febrero de 2016. BOE de 6 de abril de 2016*

«1. Se discute en el presente expediente si puede inmatricularse una finca en el Registro de la Propiedad cuando el registrador tiene conocimiento de que la misma está atravesada por un vía pecuaria, concretamente una vereda. En el presente supuesto se trata de la inmatriculación de una finca rústica sita en el término municipal de Alfafara, finca que consta descrita en el título notarial objeto de calificación como colindante con monte público y con indicación expresa de su referencia catastral.

3. *...Y es obligación del registrador de la propiedad, en ejercicio de su función calificadora, tratar de impedir el acceso al Registro de la Propiedad de inmatriculaciones o excesos de cabida que puedan invadir el dominio público.*

4. *Esta obligación legal a cargo de los registradores de la propiedad de tratar de impedir la práctica de inscripciones que puedan invadir el dominio público tiene su origen y fundamento, con carácter general, en la legislación protectora del dominio público, pues, como señala la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto en su artículo 6 como en su artículo 30, los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo cual no es sino manifestación del principio y mandato supremo contenido en el artículo 132 de nuestra Constitución.*

5. En el caso particular de los registradores de la propiedad, como funcionarios públicos que indudablemente son, tal deber de colaboración se articula desde diversos puntos de vista.

...cuando la Administración Pública haya cumplido debidamente el mandato legal de inmatricular o inscribir sus bienes de dominio público en el registro de la Propiedad, estos gozarán de la máxima protección posible, pues la calificación registral tratará por todos los medios a su alcance de impedir en lo sucesivo ulteriores dobles inmatriculaciones, ni siquiera parciales, que pudieran invadir el dominio público ya inscrito.

7. *Y avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso, el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público.*

Así se expresa de manera terminante y reiterada en varios preceptos de la Ley Hipotecaria, y no solo en el artículo 9 que ya contiene una proclamación general al respecto, sino también en diversos artículos del Título VI de la Ley que contienen manifestaciones concretas del mismo principio general.

Así, por ejemplo, el artículo 199, al regular el procedimiento para la inscripción de la delimitación georreferenciada de las fincas ya inmatriculadas, ordena que «el registrador denegará la inscripción de la identificación gráfica de la finca, si la misma coincidiera en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, circunstancia que será comunicada a la Administración titular del inmueble afectado».

Y al regular el procedimiento inmatriculador del artículo 203, se establece que «si el registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada, facilitada por las Administraciones Públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular, con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación. Si la Administración manifestase su oposición a la inmatriculación, o no remitiendo su informe dentro de plazo, el registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, denegará la anotación solicitada, notificando su calificación al notario para que proceda al archivo de las actuaciones, motivando suficientemente las causas de dicha negativa, junto con certificación o traslado de los datos procedentes de la información territorial utilizada y, en su caso, certificación literal de la finca o fincas que estime coincidentes».

9. *Tal profusión normativa, aun cuando pueda incluso llegar a ser reiterativa, no hace sino asentar el principio general, ya vigente con anterioridad a la Ley 13/2015, de que los registradores deben evitar practicar inscripciones de bienes de propiedad privada que invadan en todo o en parte bienes de dominio público, inmatriculado o no, pues el dominio público, por la inalienabilidad que le define, supone, precisamente, la exclusión de la posibilidad de existencia de derechos privados sobre esa concreta porción del territorio catalogada como demanial».*

Tras la derogación de dicha norma por la disposición derogatoria única de la Ley 13/2015, el contenido de dicha exigencia se ha trasladado a los artículos 203 y 205 de la Ley Hipotecaria, de manera que en los casos regulados en dichos preceptos la aportación de certificación catastral descriptiva y gráfica sigue siendo requisito propio de la inmatriculación, así como instrumento imprescindible para incorporar la representación gráfica de la finca a los libros del Registro, y requisito esencial para practicar la primera inscripción de una finca en los libros del Registro.

Sin embargo, fuera de los supuestos de inmatriculación contemplados en los citados artículos 203 y 205 de la Ley Hipotecaria hay que estar a las normas generales sobre correspondencia de la descripción literaria con la resultante de

la representación gráfica catastral o alternativa (art. 9.b Ley Hipotecaria), más aún cuando la concentración parcelaria no es propiamente una inmatriculación».

B) Resolución de 27 de septiembre de 2017. BOE de 20 de octubre de 2017.

Por otra parte, la coordinación entre Registro y Catastro que invoca el registrador en su informe y a la que se alude en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria citados en la calificación, no resulta de aplicación al caso que nos ocupa. Dicha coordinación solo tiene lugar en cuanto a la representación gráfica de la finca y en el supuesto de este expediente no se ha solicitado la inscripción de dicha representación, además de no tratarse de un supuesto de inscripción obligatoria de la misma (cfr. art. 9.b) de la Ley Hipotecaria).

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES RELACIONADAS

- Resolución 16 de diciembre de 1991. *BOE* de 26 de marzo de 1992.
- STS. Sala Tercera de 17 de julio de 1996. ECLI:ES:TS:1996:4435.
- STS. Sala Tercera de 27 de mayo de 1998. ECLI:ES:TS:1998:3464.
- Resolución de 16 de julio de 1998. *BOE* de 12 de agosto de 1998.
- Resolución de 14 de enero de 2000. *BOE* de 16 de febrero de 2000
- STS. Sala Tercera de 31 de enero de 2001. ECLI:ES:TS:2001:571.
- STS. Sala Tercera de 20 de mayo de 2008. ECLI:ES:TS:2008:2176.
- Resolución de 6 de octubre de 2008. *BOE* de 7 de noviembre de 2008.
- Resolución de 18 de agosto de 2010. *BOE* de 15 de noviembre de 2010.
- Resolución de 6 de septiembre de 2012. *BOE* de 12 de octubre de 2012.
- Resolución de 23 de agosto de 2016. *BOE* de 23 de septiembre de 2016.
- Resolución de 14 de septiembre de 2016. *BOE* de 5 de octubre de 2016.
- Resolución de 18 de abril de 2017. *BOE* de 28 de abril de 2017.
- Resolución de 27 de junio de 2017. *BOE* de 21 de julio de 2017.
- Resolución de 7 de marzo de 2018. *BOE* de 27 de marzo de 2018.
- Resolución de 15 de febrero de 2016. *BOE* de 6 de abril de 2016.
- Resolución de 27 de septiembre de 2017. *BOE* de 20 de octubre de 2017.

(Trabajo recibido el 1-4-2018 y aceptado para su publicación el 18-5-2018)

DERECHO COMPARADO

El acogimiento familiar de adultos con discapacidad: la experiencia canadiense. Marco jurídico comparado e incentivos fiscales

Supportive shared living for adults with developmental disabilities: the Canadian experience. Comparative legal framework and fiscal incentives

por

ZULEMA CALDERÓN CORREDOR
*Profesora Adjunta de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: El acogimiento familiar remunerado de adultos con discapacidad, conocido en Canadá como *compartición asistencial de vivienda*, es una forma de responder a las necesidades de vivienda y de asistencia diaria que experimentan adultos con discapacidad neuromotora, que no pueden vivir de forma autónoma pero que desean independizarse de sus familias. Se trata de una solución alternativa a la que ofrecen los centros o residencias que prestan cuidados profesionales a grupos de adultos, cuyo coste en términos económicos es mucho menor y cuyos frutos en materia de integración y cohesión sociales son muy positivos.

En este programa se coordinan esfuerzos de distintas instituciones y se integran elementos económicos y fiscales que aumentan su viabilidad en situaciones

de ausencia de parentesco familiar. Esta experiencia se encuentra muy asentada en algunas provincias de Canadá como es el caso de la Columbia Británica, donde se ha venido desarrollando desde la década de los ochenta y cuyas notas más relevantes se expondrán en este trabajo.

El modelo canadiense puede inspirar respuestas en un contexto como el español dónde el acogimiento familiar de adultos carece de un marco común y no se ha consolidado como alternativa real al acogimiento residencial. La segunda parte de este trabajo se dedica a analizar el marco jurídico de las distintas iniciativas que existen en materia de acogimiento familiar de adultos en España y a realizar una comparativa de sus elementos jurídicos, económicos y fiscales con el programa canadiense ya analizado.

ABSTRACT: The supportive shared living is a way to respond to housing and daily assistance needs experienced by adults with developmental disabilities, who cannot live independently but who want to become independent of their families. These programs are an alternative solution to nursing homes that provide professional care, with lower cost and interesting outcomes in terms of integration and social cohesion.

This program coordinates the efforts of public and private institutions and integrates economic and fiscal elements that increase its viability in situations of absence of family kinship. This experience is well established in some provinces of Canada such as British Columbia, where it has been developing since the eighties and whose most relevant notes will be presented in this work.

The Canadian model can inspire responses in a context such as the Spanish one, where foster care for adults lacks a common framework and has not been consolidated as a real alternative to residential care. The second part of this work is devoted to analyzing the legal framework of the different initiatives that exist in the field of foster care of adults in Spain and to make a comparison of its legal, economic and fiscal elements with the Canadian program.

PALABRAS CLAVE: Acogimiento familiar. Adultos. Capacidad económica. Discapacidad neuromotora. Incentivos fiscales. Intervención social. Vivienda.

KEY WORDS: Foster care. Adults. Economic capacity. Developmental disability. Tax incentives. Social intervention. Housing.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA COMPARTICIÓN ASISTENCIAL DE VIVIENDA EN CANADÁ: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MARCO CONTRACTUAL, LEGAL E INSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

La compartición de vivienda es una realidad humana muy antigua y flexible que ha dado cabida a gran variedad de acuerdos y ha generado relaciones personales muy estrechas entre las partes involucradas. Muchas de estas experiencias han respondido no solo a motivos de escasez de lugares disponibles o adecuados para vivir sino a situaciones de necesidad o complementariedad. En las sociedades modernas a los motivos anteriores se unen además el envejecimiento de la población y la progresiva disolución de muchas redes familiares que tradicionalmente habían dado respuesta a este tipo de necesidades.

Este contexto ha incrementado el protagonismo de los agentes públicos haciendo surgir importantes retos en las políticas públicas, en materia presupuestaria y de cohesión social, especialmente. En nuestro país la Constitución Española (en adelante CE) recoge expresamente una serie de compromisos de los poderes públicos que relacionan la atención a personas con alguna discapacidad o dependencia y el uso de una vivienda. Desde la obligación general de promover las condiciones que hagan efectivo el *derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada* (art. 47), hasta las más concretas de realizar *políticas de integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos* (art. 49), y respecto a los ciudadanos de la tercera edad, la promoción *de su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderá sus problemas específicos de vivienda*, son mandatos constitucionales que han sido desarrollados especialmente a nivel autonómico (art. 149.1.20.^a).

Pues bien, el modelo de compartición asistencial de vivienda que se ha hecho realidad en la Columbia Británica, es resultado del desarrollo de relaciones sociales con interesantes repercusiones en materia económica, jurídica y de cohesión social, y de indudable transcendencia pública. No es extraño que así suceda pues Canadá es un país pionero en materia de innovación social (GARCÍA CALVENTE, 2014, 27) que ofrece respuestas que reflejan una renovación del compromiso familiar y comunitario respecto de las necesidades sociales y un desplazamiento de la responsabilidad desde las instancias públicas hacia el ámbito de la sociedad civil.

II. LA COMPARTICIÓN ASISTENCIAL DE VIVIENDA EN CANADÁ

1. INTRODUCCIÓN

La *compartición asistencial de vivienda (Supportive Shared Living)* puede definirse como una situación en la que una persona con discapacidad comparte vivienda y rutinas diarias con alguien que, además de ofrecerle alojamiento y manutención en el hogar familiar, que denominaremos *cuidador principal (Home*

Sharing Provider), le ofrece su apoyo asistencial en una variedad de cuestiones de trascendencia individual y comunitaria. La residencia en la que viven constituye la vivienda habitual de ambos y su tenencia puede ser en alquiler o en propiedad. Todo ello queda enmarcado en un acuerdo contractual, supervisado por una agencia especializada, bajo el que la persona que presta asistencia no profesional percibe una remuneración que puede quedar fiscalmente exenta de tributación en el Impuesto personal sobre la renta canadiense.

Las personas susceptibles de acogerse a este tipo de programa son adultos con alguna discapacidad neuromotora¹ manifestada durante su desarrollo, es decir, personas que padecen anomalías de carácter físico, psíquico o sensorial. El modelo de compartición está asentado sobre principios que buscan el bienestar, la autonomía, la seguridad y la integración social máximas para la persona con discapacidad que se acoge a este tipo de acuerdo de convivencia (*shared living arrangement*). Para la persona que ofrece su vivienda y servicio de asistencia no profesional, se producen otros efectos de carácter social, económico y jurídico, como la percepción de una renta y su inclusión en el sistema público de cobertura sanitaria y de prestaciones vinculado a la relación laboral o profesional iniciada.

Las referencias utilizadas para conocer la experiencia canadiense en compartición asistencial de vivienda, proceden de la provincia de la Columbia Británica, una de las diez provincias de la Confederación canadiense, situada en la parte más occidental, con casi cuatro millones y medio de habitantes y un territorio poco inferior al doble del de España. En la zona sur de este territorio se han venido desarrollando programas de este tipo desde 1989, y desde hace años se han extendido hacia otros lugares de la provincia.

En los últimos años el número de adultos con discapacidad neuromotora que se encuentra en este tipo de acuerdo de compartición de vivienda ha igualado al que reside en centros colectivos atendidos por personal contratado (AAVV, 2008a, 2). No obstante, se reconoce que no todos los adultos con este tipo de discapacidad pueden acogerse a la compartición asistencial de vivienda, especialmente cuando requieren de cuidados complejos difícilmente dispensables en el contexto familiar del hogar. Aunque ambas situaciones no son por ello completamente comparables, un análisis de las cargas económicas que cada uno conlleva ha revelado que la compartición asistencial conlleva casi un tercio del coste que la asistencia en centros especializados (AAVV, 2008b, 13).

2. MARCO CONTRACTUAL, LEGAL E INSTITUCIONAL

La compartición asistencial de vivienda forma parte de un Programa (*Home sharing program*) impulsado por asociaciones sin ánimo de lucro que están centradas en actividades de integración comunitaria y empleo y que reciben financiación y apoyo de agencias públicas, normalmente de carácter provincial.

El objetivo de estas asociaciones es fomentar que las personas con discapacidad tengan los mismos derechos, necesidades y sentimientos que los demás.

Aunque la compartición asistencial de vivienda es más un estilo de vida que una ocupación profesional (AAVV, 2008a, 8), formalmente surge de un acuerdo contractual entre el cuidador principal que actúa por cuenta propia y la asociación local que supervisa el Programa. Este acuerdo puede ser complementado con *servicios de apoyo o sustitución temporal* con terceros cuidadores (*Respite provider*) cuyo fin es permitir al cuidador principal un tiempo de descanso o la interrupción temporal de su labor asistencial (*Respite Service*).

Por medio del citado acuerdo el cuidador principal responde del cuidado, seguridad y bienestar de la persona con la que comparte su hogar así como de la adecuada gestión y registro que esta haga de las subvenciones y fondos de los que sea beneficiario. También debe supervisar que esta persona reciba los servicios médicos necesarios y siga las indicaciones y rutinas que se le hayan prescrito. El seguimiento del acuerdo, la resolución de incidencias y el apoyo constante al cuidador principal, es responsabilidad del Coordinador de área del programa (*Home Sharing Program Coordinator*).

Cada contrato del programa se negocia bajo unas condiciones económicas específicas que aseguran que la contraprestación que recibe el cuidador principal cubre el coste de los cuidados ofrecidos (comida, alojamiento, gastos varios de suministros, etc.), el de los servicios de apoyo o sustitución temporal que deban contratarse, el de traslados, el de pólizas de seguro adicionales y la remuneración por la asistencia proporcionada. Las asociaciones que participan en el Programa disponen de unos baremos actualizados que facilitan la valoración de los costes anteriores y que pretenden asegurar que la experiencia de compartición asistencial de vivienda sea exitosa. Los contratos se revisan al menos una vez al año. Con carácter previo al cobro de la renta mensual, el cuidador principal debe emitir al inicio de cada mes la factura correspondiente al acuerdo firmado.

La contraprestación que recibe el cuidador principal puede tener dos fuentes diferentes (AAVV, 2008a, 8). Una parte procede directamente de la asociación con la que se firma el contrato y la otra puede tener como fuente la prestación pública que tenga derecho a percibir la persona con discapacidad que se acoge a la compartición asistencial de vivienda (*Person With Disability Assistance*³). En este segundo caso el cuidador principal puede solicitar a la entidad pública pagadora de la renta el cobro directo de la parte que le corresponda.

El marco legal de referencia del acuerdo incluye (AAVV, 2013, 2), además del propio contrato, las políticas provinciales de inserción social y la legislación estatal aplicable como la *Community Care and Assisted Living Act* (relativa tanto a niños como a adultos), o la *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*. La actividad supervisora realizada por estas asociaciones está sujeta además a procesos de acreditación por parte de entidades independientes que aseguran niveles uniformes y comparables de calidad.

Las asociaciones que coordinan este tipo de programas de compartición de vivienda ofrecen a los cuidadores principales ya involucrados y a los que van a unirse al programa, cursos específicos de formación sobre las cuestiones que pueden facilitarles el desempeño de su tarea, incluidas aquellas que pueden ser necesarias para personales con necesidades especiales (personas con enfermedades respiratorias, convulsiones-epilepsia, alergias o con alimentación por sonda nasogástrica, entre otros). No todos los cursos que se ofrecen son gratuitos. En todo caso, a los cuidadores principales se les exige que cuenten con un Certificado de Primeros Auxilios (*First Aid Certificate*) y un Certificado de Reanimación Cardio-pulmonar (*CPR Certificate*) actualizados.

Los cuidadores principales, tras firmar el acuerdo contractual que les vincula al Programa, se convierten en trabajadores por cuenta propia (*self employed proprietor*) o incluso en empleadores, si llegan a contratar ellos mismos los servicios de terceros que puedan sustituirles puntual o temporalmente en su labor. Ambas situaciones les obligan a inscribirse en el sistema de Seguridad Social vigente (*Work Safe British Columbia*) y a cotizar en el sistema de cobertura específico para los trabajadores autónomos (*Personal Optional Protection*)³. Este sistema de cobertura puede complementarse con la contratación de pólizas de seguro de carácter privado.

3. BASE PERSONAL, FAMILIAR Y COMUNITARIA DEL PROGRAMA

Tanto los cuidadores principales como aquellos que, por motivos de descanso o necesidad familiar, les sustituyen temporalmente en sus labores, deben ser personas que actúen impulsadas por principios sólidos, sensibilidad social y conscientes del valor que puede aportar la comunidad. Todo ello debe estar reflejado en sus logros personales, su estilo de vida, en la forma de gestionar sus conflictos, en el entramado social y personal que le sirva de apoyo y en las dinámicas familiares que desarrollen. Además, el modelo se apoya en virtudes y cualidades personales del cuidador y su familia tales como la solidaridad, la compasión, la actitud de servicio, el buen juicio y el sentido común.

Aunque la documentación utilizada para conocer los detalles del programa no alude explícitamente a la posible relación de parentesco entre el cuidador principal y la persona que acoge en su casa, no parece que esa opción entre de forma natural en los esquemas que se contemplan. Por varios motivos. Por un lado porque la compartición de vivienda responde al deseo que algunas personas con discapacidad tienen de independizarse de sus familias, cuestión que sobresale como motivación inicial. Además, cuando se describen las cuestiones de las que debe informarse el cuidador principal, se hace bajo un epígrafe titulado «Extraños entre nosotros»⁴ (AAVV, 2008a, 7), lo que da a entender que la familia del cuidador principal no conoce previamente a la persona que acoge

en su casa. Y por último, también la forma de referirse al cuidador principal como «trabajador independiente» o «parte contratante independiente»⁵ (AAVV, 2013, 7, 8, 16, 17, 21, etc.) y los requisitos subjetivos que se le exigen (cartas de recomendación, permiso de conducir en vigor, declaración de confidencialidad, experiencia previa con niños o adultos con discapacidad, test de no haber padecido tuberculosis, etc.) (AAVV, 2008a, 7; AAVV, 2013, 25) revelan el carácter profesional de la relación y la independencia entre las partes.

La familia de acogida, junto con la comunidad de la que esta forma parte, constituye la base del Programa. Es decir, existe la convicción de que las personas son más felices cuando son consideradas parte esencial y preciados miembros de la unidad familiar y de su comunidad. Esta realidad debe ser compartida por todos los que participan en el Programa y es la razón por la cual se ha elegido este tipo de acuerdo de convivencia. Por ello, los dos pilares sobre los que se asienta el modelo son la convivencia e integración con la familia de acogida y el apoyo en los recursos que ofrece la comunidad.

Los cuidadores principales son responsables de que las personas a las que prestan asistencia sean tratadas como a iguales, con respeto y dignidad. Un objetivo central del Programa es el que estas personas tengan la oportunidad de tener enriquecedoras experiencias en todos los aspectos de su vida. Esto comprende la posibilidad de realizarse y ser valorados por sus dones y talentos, de proyectar en su vida diaria sus sueños, anhelos y proyectos, de elegir el grado de independencia con el que quieren vivir, de ser miembros activos de la comunidad en la que viven y de obtener apoyo periódico para evaluar la consecución de los objetivos personales propuestos y actualizarlos (*Person Centred Plan*), entre otros. Junto a los derechos que van implícitos en los objetivos anteriores, las personas con discapacidad que eligen formar parte de estos programas, también tienen responsabilidades cuyo alcance y concreción depende de cada caso y en cuya determinación se apela en gran medida al buen juicio del cuidador principal.

La familia del cuidador principal es una parte fundamental del éxito de la compartición de vivienda, en cuanto que solo con su consciente implicación y compromiso, hace posible la completa integración del nuevo miembro en las rutinas y relaciones personales diarias. Por ello es aconsejable que el cuidador principal sea consciente de sus propias limitaciones así como las de su familia, y que solicite la ayuda de familia y amigos cuando sea necesario.

Además, la persona con discapacidad que elige este acuerdo de convivencia, cuenta con una red personal de apoyo (cónyuge, amigos, familia extensa, profesores, personas que le hayan asistido con anterioridad, etc.) que también se involucra en la experiencia, participando primero en la elección del perfil de hogar de acogida más adecuado, y manteniendo después con sus miembros una enriquecedora relación. El cuidador principal debe liderar iniciativas que permitan mantener la comunicación periódica y la relación positiva entre la

persona que recibe su asistencia y la familia de la que procede. Su familia es además una importante fuente de información para planificar mejor la forma de responder a sus necesidades particulares.

4. INCENTIVOS FISCALES EN LA IMPOSICIÓN SOBRE LA RENTA CANADIENSE

La contraprestación percibida por el cuidador principal como consecuencia de una compartición asistencial de vivienda constituye un ingreso sujeto al Impuesto sobre la Renta canadiense que puede quedar exento de tributación si se cumplen determinados requisitos.

La Ley del Impuesto sobre la Renta canadiense⁶ en su Parte I, División B, Subdivisión G, n° 81 (1) describe las cantidades que no computan como ingreso al considerarse exentas de gravamen. Una de esas cantidades, la descrita en la letra (h), se refiere específicamente a los ingresos derivados de contraprestaciones por asistencia a terceras personas (*Social Assistance Payments*). La asistencia puede ser realizada a niños o a adultos.

La exención fiscal se aplica a las cantidades recibidas por el cuidador principal siempre que se cumplan las condiciones siguientes⁷:

1. Las cantidades percibidas constituyen una prestación social que se reconoce en función de la capacidad económica y/o las necesidades existentes respecto de la persona que recibe la asistencia o los cuidados. Es indiferente que los pagos sean realizados directamente por una entidad o agencia pública o a través de una organización, ya sea con ánimo de lucro o sin él. Las cantidades pueden ser también recibidas por la persona que recibe la asistencia y luego ser pagadas al cuidador principal, siempre que estas cantidades cumplan también con el requisito antes citado.
2. El cuidador puede actuar como autónomo y formalizar un contrato con la entidad pagadora o estar empleado directamente por la misma.
3. Las cantidades son pagadas bajo un programa promovido por una ley federal o provincial.
4. Son recibidas directa o indirectamente por el cuidador y en relación a la persona que está a su cuidado.
5. La persona que recibe los cuidados no es cónyuge ni pareja de hecho del cuidador principal.
6. El cuidador principal no recibe ninguna prestación familiar derivada de la *Family Allowances Act* o similar, nacional o provincial, respecto de la persona que recibe su asistencia.
7. La persona que recibe la asistencia reside en el domicilio del cuidador principal o el cuidador principal mantiene como residencia un lugar

para su uso como residencia de la persona que recibe sus cuidados. Este requisito no se cumple en aquellas situaciones en las que el cuidador y la persona que recibe la asistencia no comparten las áreas comunes de la vivienda como pueden ser la cocina, el comedor, el cuarto de estar o las entradas de las casa. Es decir, este requisito no se cumpliría si la persona que recibe la asistencia residiera en una vivienda independiente aunque fuera adyacente a la del cuidador.

III. EL ACOGIMIENTO FAMILIAR DE PERSONAS DEPENDIENTES EN ESPAÑA

En España el *acogimiento familiar* más extendido y el único expresamente previsto en el Código Civil⁸, es el acogimiento de menores como medida de protección alternativa al acogimiento residencial. En su constitución y seguimiento están implicadas entidades públicas a nivel autonómico y en algunos casos las judiciales, siendo relevantes entre sus efectos, no solo los derivados de la convivencia, sino también los de carácter civil, especialmente los relacionados con el derecho de familia. Sin embargo, la experiencia canadiense de compartición de vivienda que hemos analizado está más próxima y es más comparable al acogimiento familiar remunerado de adultos, una realidad menos extendida en España que la anterior y que en ocasiones incluye explícitamente el acogimiento de personas con alguna discapacidad. Es a esta realidad a la que haremos referencia mediante la identificación de las experiencias más representativas con el fin de comparar sus elementos y efectos, especialmente los fiscales, con el modelo canadiense.

1. MARCO CONTRACTUAL, LEGAL Y ECONÓMICO

A) *Iniciativa privada*

La iniciativa privada en el acogimiento familiar de adultos o *pacto de acogida* de personas mayores o con discapacidad no relacionadas por vínculos de parentesco, adopta en nuestro país mayoritariamente la forma de contrato atípico y es de carácter residual. Solo se ha recogido explícitamente en algunas comunidades autónomas con competencias para dictar normas en materia civil (MORENO FLÓREZ, 2012, 235 y ss). Es el caso de Navarra (Ley Foral 34/2002, de 10 de diciembre, de acogimiento familiar de personas mayores) y de Cataluña (Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogida de personas mayores), y en este último supuesto la normativa ha sido derogada por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código Civil de Cataluña, relativo a las

obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto, debido a las dudas que suscitaba la naturaleza del contrato y por el hecho de no haber tenido arraigo práctico.

B) Iniciativa estatal

La iniciativa pública en materia de acogimiento familiar remunerado de adultos no cuenta en España con un marco jurídico común y tampoco está presente en todos los territorios.

Es decir, las leyes marco de carácter estatal que podrían contener previsiones respecto del alojamiento familiar remunerado de adultos con discapacidad no regulan expresamente esa realidad ni establecen un marco de principios específicos que pueda inspirar la iniciativa autonómica en esta materia. Es decir, ni la Ley reguladora de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social ni la Ley de promoción de la autonomía personal y de atención a las personas en situación de dependencia, contienen referencias al acogimiento familiar remunerado como posible respuesta a las necesidades de vivienda, de autonomía personal y vida independiente y de integración en la vida comunitaria.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, no contiene entre las prestaciones económicas y sociales especiales (art. 8) ninguna previsión sobre apoyo financiero para programas de acogimiento familiar, aunque sí se refiere a prestaciones sanitarias, farmacéuticas, para compensación de gastos de transporte y a distintos subsidios. También prevé la reserva de viviendas para personas con discapacidad y la financiación pública de adaptaciones en los inmuebles que favorezcan la accesibilidad (arts. 32 y 34), pero tampoco aquí encontramos referencia a otro tipo de opciones de compartición de vivienda.

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su regulación de las prestaciones de atención a la dependencia, recoge en su artículo 13 tres tipos de prestaciones económicas⁹ pero ninguna de ellas contempla la posible remuneración del acogimiento familiar. Tampoco incluye entre los servicios ofrecidos junto al servicio de atención residencial, la posible opción por el acogimiento familiar remunerado como sistema alternativo de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. La figura jurídica más cercana que contiene a la compartición asistencial de vivienda canadiense es la del familiar cuidador no profesional o «cuidador informal» que presta su asistencia en el domicilio de la persona dependiente (art. 18) (FERNÁNDEZ ORRICO, 2008). Esta relación asistencial no menciona expresamente la compartición de vivienda y su existencia y remuneración son

de carácter subsidiario al resto de servicios *de tipo técnico o en especie, que consisten en el cuidado y atención de personas dependientes a cargo de profesionales especializados o de asistencia en centros*. Estas circunstancias convierten en excepcional la existencia del cuidador familiar no profesional y lo alejan del modelo canadiense de acogimiento familiar, con el que no resulta comparable.

C) *Iniciativa autonómica*

Donde sí puede encontrarse en España un modelo de compartición de vivienda que puede ser comparable al modelo canadiense, es en el ámbito de la iniciativa pública de carácter autonómico. El contexto normativo en el que se desarrolla legislativamente parte de la atribución constitucional de competencia en materia de asistencia social (art. 148. 1. 20.^a de la CE) y tiene como marco los principios contenidos en las respectivas leyes autonómicas sobre asistencia social o de servicios sociales. La experiencia autonómica en esta materia se remonta a 1989 con una iniciativa de la Diputación Foral de Guipúzcoa (Decreto foral de 14 de noviembre de 1989) que inspiró propuestas posteriores en esta materia. Las iniciativas de la regulación del acogimiento familiar remunerado de adultos no cuentan con un referente común y están presente en menos de la mitad de las comunidades autónomas. Una muestra de algunos marcos legislativos que existen es la que se expone a continuación.

a) Comunidad Autónoma de Madrid

En la Comunidad Autónoma de Madrid desde 1990 se regula un procedimiento de ayudas económicas a personas en situación de acogimiento familiar. Actualmente y dentro del marco de la Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales, tiene previsto la concesión de estas ayudas a personas mayores de 65 años (Orden 1446/2012¹⁰, de 5 de noviembre, Reguladora de las Bases para la Concesión de Ayudas Económicas para el Acogimiento Familiar de Personas Mayores y de convocatoria para el año 2012¹¹). Su finalidad es favorecer la integración de estas personas en su medio habitual en régimen de acogimiento familiar con el fin de evitar o retrasar el acogimiento residencial. La ayuda económica pública que se facilita tiene como fin complementar las aportaciones que realice a la familia el propio beneficiario, y es igual a la diferencia entre un importe máximo mensual y el 70 por 100 de sus ingresos brutos. Los importes máximos establecidos pretenden garantizar la cobertura de todos los gastos necesarios para la manutención, vestido, aseo, alojamiento y acompañamiento del beneficiario, de acuerdo con sus circunstancias y necesidades personales. Este importe máximo se fija en cada convocatoria, siendo para 2016 de 714 euros

(Orden 1501/2016, de 15 de septiembre). Pueden solicitar esta ayuda las personas mayores de 65 años cuyos ingresos personales brutos no excedan determinados límites, que carezcan de bienes muebles e inmuebles que les permitan acceder a otros recursos y que propongan una familia de acogida que no guarde una relación de parentesco mayor al tercer grado.

b) Diputación Foral de Guipúzcoa

El marco normativo actual previsto por la Diputación Foral de Guipúzcoa se configura de forma más amplia por el objeto y por el perfil de los posibles beneficiarios (Decreto Foral 89/2004, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el programa de familias de acogida de personas mayores dependientes y personas con discapacidad¹²). En este caso la iniciativa pública establece el marco jurídico completo del programa de familias de acogida e incluye a personas mayores dependientes y a personas con discapacidad. Se prevé expresamente la formalización de un *contrato de alojamiento y asistencia* por parte de quienes lo soliciten voluntariamente y cuyo grado de dependencia o de discapacidad ha sido valorado previamente por la Administración, al igual que su inclusión en el programa. La familia de acogida no puede guardar con el acogido un parentesco por consanguinidad ni por afinidad mayor del segundo grado. Los miembros de la familia que acoge deberán aceptar ser incluidos en el programa y deberán designar una persona de referencia que se ocupará principalmente de la atención a la persona acogida y que será la persona interlocutora ante la Administración. Como en el caso de la Comunidad Autónoma de Madrid, las personas acogidas podrán solicitar ayudas económicas para costear el servicio, cuyo importe mensual máximo dependerá de la edad y del nivel de discapacidad del beneficiario: 678,6 euros para el caso de discapacidad de nivel A, 823,91 euros para el supuesto de personas mayores o con discapacidad de nivel B, y 934,9 euros para personas mayores grandes dependientes o discapacidad de nivel C. En todo caso la subvención pública se configura también aquí como un complemento a lo que pueda aportar el beneficiario, pues se limita a la diferencia entre las cuantías máximas y el 75% de los ingresos totales anuales de la persona acogida y siempre que esta pueda disponer de una cantidad de al menos el 50% del Indicador Público de Rentas Múltiples (IPREM).

c) Comunidad Autónoma de Galicia

En la Comunidad Autónoma de Galicia encontramos un programa similar, más próximo al de la Diputación Foral de Guipúzcoa y también previsto para mayores de 65 años y personas con una discapacidad mayor o igual al 65%

(Decreto 318/2003, de 26 de junio, por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores y personas con discapacidad¹³). Se trata de una tipología de servicio dentro de los servicios sociales que ofrece una atención especializada en cuanto que se dirige a los sectores de la población con problemáticas definidas que no se pueden resolver desde los servicios sociales de atención primaria. Aunque se exige que el beneficiario no tenga relación de parentesco en línea recta en ningún grado o en línea colateral por consanguinidad hasta el tercer grado inclusive con ningún miembro de la unidad de acogida, en el caso de que el acogido sea una persona dependiente, podrá formalizarse el acogimiento en línea recta por afinidad, salvo que en la unidad de acogida existan otros familiares del acogido en línea recta consanguínea que sean mayores de edad y estén obligados legalmente a prestarle alimentos. El programa también exige la ausencia de ánimo de lucro, entendido en un doble sentido, esto es, en cuanto que cada unidad familiar no podrá acoger a más de dos beneficiarios y en cuanto a que no podrá existir con anterioridad al acogimiento, testamento o transmisión de bienes o derechos a título gratuito a su favor por parte de la persona acogida.

En otros territorios como en la Comunidad Autónoma de Cataluña (Ley 11/2001, de 13 de julio, de acogida familiar para personas mayores), se ha desarrollado una ley marco para la elaboración de programas de acogida para las personas mayores que no tienen suficientes recursos económicos. Por su parte en el Principado de Asturias también existe una normativa marco que regula el programa (Decreto 38/1999, de 8 de julio, por el que se regula el Programa de Acogimiento Familiar para Personas Mayores del Principado de Asturias¹⁴) y un desarrollo periódico más detallado del mismo (Resolución de 10 de marzo de 2015, de la Consejería de Bienestar Social y Vivienda, por la que se convocan ayudas individuales para el acogimiento familiar de personas mayores¹⁵).

2. MARCO JURÍDICO COMPARADO

La primera diferencia que se observa entre el modelo canadiense y los españoles es el diferente grado de implicación de las entidades que toman la iniciativa y que tutelan el programa. En España, como se deduce de los casos analizados, la implicación de las entidades públicas autonómicas no siempre es la misma. Algunas de ellas se centran en la concesión de ayudas económicas que subvencionen la contribución del beneficiario a los gastos del acogimiento familiar (como el caso de la C. A. de Madrid), y otras sí desarrollan un marco normativo que configura jurídicamente tanto la relación entre la familia y el beneficiario, como el apoyo financiero que presta la entidad (como en el caso de la Diputación Foral de Guipúzcoa o la Comunidad Autónoma de Galicia). No obstante, en ninguno de los programas analizados las entidades se implican

activamente en la búsqueda de familias candidatas, ni cuentan con procedimientos específicos para el seguimiento de las partes implicadas en el programa ni contemplan el ofrecimiento de medios complementarios de apoyo, como ocurre en el modelo canadiense.

Respecto a las características de la familia de acogida, el modelo canadiense presupone situaciones de independencia y ausencia de parentesco entre las partes, aspecto que parece más compatible con los programas españoles. De hecho, el modelo previsto en la Diputación Foral de Guipúzcoa, al exigir que no exista una relación de parentesco por consanguinidad ni por afinidad mayor del segundo grado, implícitamente admite que puedan ser las familias de parientes hasta el segundo grado incluido las que presten el acogimiento asistencial (abuelos, hermanos, cuñados o nietos-2º grado; bisabuelos, tíos, biznietos o sobrinos-3er grado y primos y tíos abuelos-4º grado). La Comunidad Autónoma de Galicia llega incluso a admitir en caso de discapacidad un parentesco de hasta el primer grado por afinidad, permitiendo así que las familias de los suegros, del yerno, o de la nuera puedan ser las de acogida, siempre que no conviva con ellos un mayor de edad que esté legalmente obligado a prestar alimentos¹⁶ a la persona con discapacidad (cónyuges, hijos, nietos o hermanos del beneficiario). La ausencia de parentesco entre las partes implicadas que presupone el modelo canadiense y los requisitos subjetivos que exige respecto del cuidador principal, acentúan el carácter formal y profesional de la relación, aspectos que se encuentran menos presentes en los programas españoles.

El carácter profesional más característico del modelo canadiense, no solo se deriva de los requisitos subjetivos exigibles al cuidador principal y del marco contractual aplicable, si no de dos importantes elementos económicos. Por un lado en el modelo canadiense está previsto que la contraprestación económica incluya una remuneración por la asistencia recibida del cuidador principal, además de la cobertura de los gastos, cuestión que no aparece recogida en las previsiones normativas autonómicas. Por otro, la obligatoria cobertura que el cuidador principal precisa en términos de seguros sociales en el modelo canadiense. En España por el contrario, solo la Ley que regula la figura de los cuidadores no profesionales y por ello de un modelo no comparable, posibilita su inclusión en el sistema de contribución y cobertura de la Seguridad Social mediante la suscripción de un convenio especial (Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia).

La compartición asistencial de vivienda canadiense cuenta además con algunos elementos que incorporan interesantes dosis de flexibilidad. Aunque la financiación de los costes del acogimiento asistencial es en ambos modelos compartida por el beneficiario y la entidad supervisora del programa, el modelo canadiense es más flexible al menos por dos razones. Por un lado permite expresamente al cuidador principal el cobro directo de la parte que le corresponde

de la prestación de la que es beneficiaria la persona acogida. Y por otro, el establecimiento de la cantidad que asegura la cobertura de los gastos, no está sujeta directamente ni en su revisión ni en su límite a disposiciones normativas o a variaciones del presupuesto público local.

3. INCENTIVOS FISCALES

El beneficio fiscal aplicable al acogimiento familiar remunerado de adultos con discapacidad se ha regulado en España bajo la forma de exención¹⁷. Las dos leyes reguladoras del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF) que han precedido a la actual, la Ley 18/1991¹⁸, de 6 de junio, y la Ley 40/1998¹⁹, de 9 de diciembre, recogieron con la misma redacción el beneficio fiscal aplicable a las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años. La vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas amplía la exención al acogimiento remunerado de menores en sus distintas tipologías e incluye también las cantidades destinadas al acogimiento residencial bajo determinados requisitos, opción ya prevista en la Ley 40/1998²⁰ desde 2003.

La redacción actual del artículo 7 i) de la Ley del IRPF es la siguiente:

Estarán exentas las siguientes rentas:

(...)

i) Las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores, sea en la modalidad simple, permanente o preadoptivo o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las comunidades autónomas, incluido el acogimiento en la ejecución de la medida judicial de convivencia del menor con persona o familia previsto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

Igualmente estarán exentas las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con discapacidad con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por ciento o mayores de 65 años para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del indicador público de renta de efectos múltiples.

La exención, más allá de la posible función de incentivo de estos programas que pueda suponer, no hace sino reconocer la naturaleza compensadora de gastos que puede predicarse de las remuneraciones recibidas por la familia de acogida.

Dicha naturaleza, en relación a una persona cuya convivencia con la familia no otorga el derecho a la aplicación del mínimo familiar por ascendientes o descendientes (excepción hecha de programas que admitan parentesco por consanguinidad de tercer grado en los que un nieto podría acoger a su abuelo y aplicarse el citado mínimo), no hace sino confirmar la ausencia de capacidad económica en las citadas rentas y por tanto el carácter más técnico que incentivador de la exención.

No obstante, la virtualidad práctica de la exención puede quedar limitada por la estrechez con la que está definida, teniendo en cuenta la amplitud de la versión fiscal canadiense. Veamos por qué.

La exención fiscal aplicable a *las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad*, conlleva la concurrencia de los requisitos siguientes:

- Las personas cuyo acogimiento se beneficia de la exención son solo aquellas que cuentan con una discapacidad a los efectos del IRPF, esto es, los contribuyentes que acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento²¹. No obstante, la Ley²² que regula el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad, la promoción de su autonomía personal y vida independiente, y su inclusión en la comunidad, entre otras cosas, define *discapacidad* de forma más amplia²³ y más parecida a como se entiende en las programadas de compartición de vivienda canadienses, que incluyen a personas con una discapacidad neuromotora permanente.
- Respecto a las condiciones en las que se produce la convivencia, la interpretación administrativa del precepto ha desvinculado el término «acogimiento» de la institución jurídica recogida en el artículo 173 del Código Civil, al menos respecto de la aplicación de la exención²⁴. El término «acogimiento» se entiende como *acogida y, ahondando más, acogida es recibimiento que ofrece una persona o un lugar y, en definitiva acoger es, según el Diccionario de la Real Academia Española, admitir uno en su casa o compañía a otra u otras personas*²⁵. Por tanto, y teniendo en cuenta el espíritu de la norma, no deberían existir en este sentido requerimientos de carácter escrito o formal que puedan afectar a las situaciones analizadas.
- Respecto del origen de las cantidades beneficiarias, nos podemos encontrar con distintas limitaciones.

La primera respecto del carácter de la entidad que financia en todo o en parte la remuneración que percibe la familia de acogida. Es decir, en el acogimiento familiar remunerado la exención queda limitada a los fondos procedentes de entidades públicas, por lo que se descarta la posibilidad de que se beneficien los que procedan de organizaciones privadas, con o sin ánimo de lucro, categoría sí incluida en la previsión

fiscal canadiense. En este sentido, no se entiende muy bien la limitación subjetiva existente en cuanto que, con independencia de su origen, son rentas destinadas a sufragar los gastos de acogimiento familiar de adultos que no generan capacidad económica real en sus destinatarios, y que pueden suponer un ahorro de recursos públicos. Esta limitación presupone implícitamente una mayor legitimidad respecto de los programas promovidos por entidades públicas, y desaprovecha la ocasión para fomentar una mayor implicación de otras entidades cuya contribución al bienestar de las personas con discapacidad debería gozar de la misma transcendencia fiscal.

Una dificultad añadida que puede también concurrir en este punto tiene que ver con aquellos fondos públicos que, como se ha visto en los programas descritos, no se perciben directamente por las familias de acogida sino por los beneficiarios, y son estos los que los hacen llegar a las familias. Conforme a una interpretación literal, las prestaciones no serían *percibidas de instituciones públicas*, sino del beneficiario, lo que podría limitar la aplicabilidad de la exención. No obstante, la Administración ha entendido que no quebraría el sentido de la norma incluir *la circunstancia de que los primeros beneficiarios de la ayuda sean las personas mayores a quien se acoge, pues de la documentación que se adjunta —en particular, del Contrato de Alojamiento y Asistencia; y del Acuerdo-Compromiso Ayuntamiento-Usuario, etc.— se pone de manifiesto la existencia del compromiso de abonar —casi de inmediato— por parte de las mencionadas personas las referidas cantidades a las familias de acogida, lo que en definitiva hace considerar a estas como los destinatarios finales de las ayudas económicas*²⁶.

Por último, quedaría por interpretar la posible aplicabilidad de la exención a la parte de la remuneración del acogimiento que procediera directamente de los ingresos mensuales del beneficiario, habida cuenta de que en los programas descritos, la ayuda pública se configura como un complemento a la renta que aporta el beneficiario. En la versión canadiense del incentivo fiscal estudiado, la exención comprende las cantidades percibidas que constituyen una prestación social que se reconoce *en función de la capacidad económica y/o las necesidades existentes respecto de la persona que recibe la asistencia o los cuidados*, con independencia de que las tenga reconocidas el beneficiario por sí mismo, o con ocasión del acogimiento familiar. En el caso español, y tratándose de cantidades percibidas por el beneficiario en concepto de pensión, no parece que respondieran a la naturaleza anterior las que tuvieran su origen en un sistema contributivo (pensiones por jubilación). Sí podrían equipararse a las rentas canadienses aquellas percepciones recibidas por el beneficiario que no tuvieran ese origen y que tuvieran la naturaleza de subsidio o de renta

mínima o las que hubieran sido concedidas en atención a las necesidades del beneficiario y su imposibilidad de trabajar (pensiones de invalidez, por ejemplo). No obstante, al no poder afirmar de ninguna de ellas que son percibidas *con motivo del acogimiento de personas con discapacidad*, no parece que puedan quedar incluidas en el beneficio de la exención.

Aunque hemos centrado el análisis en el acogimiento familiar remunerado, merecen un apunte las ayudas fiscales que dos comunidades autónomas tienen previsto para el caso del acogimiento familiar no remunerado de personas mayores de 65 años o con discapacidad. Sería el caso de Madrid²⁷, con una deducción fiscal de 900 euros siempre que la suma de las bases imponibles no exceda de 25.620 euros en tributación individual y 36.200 euros en conjunta y la de Castilla-La Mancha²⁸ con una deducción de 600 euros siempre que la suma de las bases imponibles no sea superior a 12.500 euros en tributación individual o a 25.000 euros en conjunta, en ambos casos excluyendo los supuestos en los que exista un vínculo de parentesco de consanguinidad o de afinidad hasta el cuarto grado incluido.

Por su parte, el Principado de Asturias²⁹ limita la deducción que tiene prevista de 341 euros al acogimiento no remunerado de mayores de 65 años siempre que la suma de bases imponibles no exceda de 25.009 euros en tributación individual ni de 35.240 euros en conjunta. El acogido en este caso no puede estar ligado al contribuyente por un vínculo de parentesco de consanguinidad o afinidad de grado igual o inferior al tercero.

IV. CONCLUSIONES

I. El acogimiento familiar remunerado de adultos con discapacidad es una realidad que puede dar respuesta a las necesidades de vivienda, de vida independiente, de autonomía y de integración en la comunidad que experimentan estas personas. Se trata de una opción que permitiría implicar a la sociedad civil en la búsqueda de soluciones en un entorno demográfico desfavorable y con una creciente demanda de servicios públicos ante situaciones de dependencia.

II. La compartición asistencial de vivienda en Canadá se ha consolidado como alternativa al acogimiento residencial, y ha conseguido integrar jurídicamente elementos muy importantes. Por un lado los relativos a la coordinación de iniciativas privada, pública y comunitaria en el diseño, puesta en práctica y seguimiento del programa, poniendo siempre en primer lugar las necesidades y el desarrollo personal del beneficiario. Por otro, encontrando un equilibrio económico que convierta en viable la experiencia para personas no ligadas por vínculos de parentesco, especialmente las relativas a la retribución del servicio, la compensación de gastos y la cobertura del sistema de previsión social en favor del cuidador principal. Y finalmente, otorgando transcendencia tributaria

a la especial naturaleza de las rentas derivadas del acogimiento familiar, tanto en relación al principio de capacidad económica como en términos de contribución del servicio al bien común, fin primordial de la recaudación tributaria.

III. La experiencia canadiense de acogimiento familiar remunerado es una realidad que puede inspirar el desarrollo del modelo existente en España, desigualmente implantado y con distintos elementos que acentúan su falta de flexibilidad y de atractivo para familias no vinculadas por vínculos de parentesco con el beneficiario.

IV. La exención fiscal aplicable en España a la compensación económica que recibe la familia está definida en unos términos muy rígidos, no solo para asegurar la tributación conforme al principio de capacidad económica, sino para incentivar la participación en el programa o su financiación por parte de instituciones privadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV. (2008a). *Handbook for Home Sharing Providers*. Vancouver: Community Living British Columbia (CLBC). Disponible en: <http://www.beconnectedsupport.ca/wp-content/uploads/2016/02/1-a-Handbook-for-Home-Sharing-Providers.pdf> (Consulta realizada el 10 de abril de 2017).
- (2008b). *Home Sharing: A Review of Current Practice and Policy with Recommendations*. Vancouver: Community Living Research Project, University of British Columbia. Disponible en: http://citizenship.sites.olt.ubc.ca/files/2014/07/Home_Sharing_report_apr3_1_081.pdf (Consulta realizada el 17 de abril de 2017).
- (2013). *Home Sharing Handbook*. Prince George: Home Sharing Services Team. Prince George Association for Community Living. AiMhi. Disponible en: <http://aimhi.ca/wp-content/uploads/2014/11/HomeSharingHandbook.pdf> (Consulta realizada el 10 de abril de 2017).
- (2016). *Income Tax, Technical News*, N° 31R2 May 16, 2006. Disponible en: www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/itnews-31r2/itnews-31r2-e.pdf (Consulta realizada el 15 de abril de 2017).
- FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. (2008). Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 74, 79-104.
- GARCÍA CALVENTE, Y. (2014). Innovaciones sociales en materia de vivienda y Economía Social: reflexiones desde el Derecho Financiero y Tributario. *Revista vasca de Economía Social*, núm. 11, 25-57.
- INCOME TAX ACT, RSC. (1985). c. 1 (5th Supp.) Versión vigente a 28 de febrero de 2017. Disponible en: <http://laws-lois.justice.gc.ca/PDF/I-3.3.pdf> (Consulta realizada el 10 de abril de 2017).
- INCOME TAX, *Technical News*, N° 31R2 May 16, 2006.
- MORENO FLÓREZ, RM (2012). *Acogimiento familiar*. Madrid: Dykinson.
- WORK SAFE BRITISH COLUMBIA: Web oficial <https://www.worksafebc.com>

NOTAS

¹ El término utilizado en el material de referencia es siempre el de *developmental disability*, aunque su traducción como *discapacidad en el desarrollo* no es completamente satisfactoria. Podría ser más adecuada la traducción que se propone como *discapacidad neuromotora*.

² En la provincia de British Columbia por ejemplo, una persona soltera con discapacidad que cumpla con determinados requisitos puede cobrar mensualmente hasta 1.034 dólares canadienses (unos 730 euros). De estos 1.034, 716.13 se destinan mensualmente al pago de los servicios de asistencia recibidos. La información se ha obtenido de la página web oficial del gobierno de la Columbia Británica relativa a servicios y prestaciones de carácter familiar y asistencia. Enlace directo: <http://www2.gov.bc.ca/gov/content/family-social-supports/services-for-people-with-disabilities/disability-assistance/on-disability-assistance> (Consultada el 15 de abril de 2017).

³ Información obtenida de la Web Oficial de la Agencia Provincial WORK SAFE BRITISH COLUMBIA: <https://www.worksafebc.com>

⁴ En el idioma original «Strangers in our midst».

⁵ En el idioma original «independent contractor»

⁶ INCOME TAX ACT, R.S.C. 1985, c. 1 (5th Supp.) Versión vigente a 28 de febrero de 2017. 845.

⁷ INCOME TAX, *Technical News*, N° 31R2 May 16, 2006.

⁸ El acogimiento familiar está civilmente regulado a nivel estatal junto a la guarda de los menores en los artículos 172 y siguientes del Código Civil.

⁹ La prestación económica vinculada al servicio cuando no sea posible el acceso a un servicio público o concertado, la prestación económica de asistencia personal para la contratación de un profesional durante un número de horas determinado, y la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

¹⁰ Modificada por la Orden 1471/2016, de 9 de septiembre, de la Consejería de Políticas Sociales y Familia.

¹¹ http://w3.bocm.es/boletin/CM_Orden_BOCM/2012/11/16/BOCM-20121116-26.PDF

¹² Web del Boletín Oficial de Guipuzkoa. Parámetros de búsqueda: boletín 228, año 2004. <https://egoitza.gipuzkoa.eus/es/BOG>

¹³ Acceso directo al PDF: https://www.xunta.gal/dog/Publicados/2004/20040123/AnuncioIFCA_es.html

¹⁴ Disponible en: <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION12/66/3/410024B32331459A8FC13CCABC443BF2.pdf>

¹⁵ Disponible en: <https://sede.asturias.es/bopa/disposiciones/repositorio/LEGISLACION40/66/10/001U005HSA0002.pdf>

¹⁶ Conforme a los artículos 143 y 144 del Código Civil, el cónyuge, los ascendientes, los descendientes y los hermanos.

¹⁷ Así también se recoge en el artículo 9.10. de la Norma Foral 3/2014, de 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa: Están exentas «Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas».

¹⁸ Artículo 9.1 I) «Estarán exentas las siguientes rentas: Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años».

¹⁹ Artículo 7. i) «Estarán exentas las siguientes rentas: Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años».

²⁰ Redacción del artículo 7 i) vigente desde 2003: «Estarán exentas las siguientes rentas: Las cantidades percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con minusvalía o mayores de sesenta y cinco años y las ayudas económicas otorgadas por instituciones públicas a personas con un grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100

o mayores de sesenta y cinco años para financiar su estancia en residencias o centros de día, siempre que el resto de sus rentas no excedan del doble del salario mínimo interprofesional».

²¹ En particular, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento en el caso de los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez y en el caso de los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Igualmente, se considerará acreditado un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, cuando se trate de personas cuya incapacidad sea declarada judicialmente, aunque no alcance dicho grado.

²² Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

²³ Artículo 2 a) «Discapacidad: es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás». Y Artículo 4, 1 y 2: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento».

²⁴ La figura del acogimiento familiar también es relevante para el cálculo del mínimo familiar, en la medida en que se asimilan a los descendientes aquellas personas vinculadas al contribuyente por razón de tutela y acogimiento. En estos casos, tanto la Ley 40/1998, de 9 de diciembre como la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, aclaran expresamente que en ese caso el término acogimiento debe entenderse en los términos previstos en la legislación civil aplicable. En el caso de la Ley 18/1991, de 6 de junio, que contenía una deducción familiar extensible a persona con minusvalía y vinculada al sujeto pasivo por razones de tutela o acogimiento, esa interpretación fue defendida por la Administración en respuesta a consultas planteadas. Entre otras, puede verse la Resolución de la Dirección General de Tributos (en adelante DGT) de 22 de diciembre de 1997, disponible en: http://petete.minhfp.gob.es/consultas/?num_consulta=2658-97

²⁵ Entre otras, la Resolución de la DGT de 20 de mayo de 1999, disponible en http://petete.minhfp.gob.es/consultas/?num_consulta=0831-99 y la Resolución de la DGT de 25 de marzo de 2004, disponible en: http://petete.minhfp.gob.es/consultas/?num_consulta=0768-04

²⁶ Aunque la Consulta se refiere a la aplicación del artículo 7.i) de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, resulta plenamente trasladable a la versión actual. Resolución de la DGT de 30 de enero de 2001, disponible en: http://petete.minhfp.gob.es/consultas/?num_consulta=0168-01

²⁷ Artículo 7 del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

²⁸ Artículo 8 de la Ley 8/2013, de 21 de noviembre, de Medidas Tributarias de Castilla-La Mancha.

²⁹ Artículo 3 del Decreto Legislativo 2/2014, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales del Principado de Asturias en materia de tributos cedidos por el Estado.

(Trabajo recibido el 11-12-2017 y aceptado para su publicación el 31-1-2018)

Armonización, convergencia y divergencia del Derecho de Familia en Europa

Harmonization, convergence and divergence of Family Law in Europe

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN: La armonización del Derecho de Familia en Europa es algo que tal vez no se ha planteado frecuentemente, pero cuya necesidad existe, como veremos en el presente trabajo. Si bien se niega por muchos la posibilidad de una armonización, y siquiera una aproximación, de los Derechos de Familia europeos, las objeciones planteadas en contra no son verdaderamente consistentes y de hecho tanto históricamente existía una base común constituida por el Derecho romano, canónico y común, como en la actualidad se producen fenómenos de convergencia derivados de la existencia de unos valores comunes. Por ello, ya estamos asistiendo a la convergencia espontánea de los distintos Derechos de Familia de los países europeos en ciertas materias, aunque pueden citarse precedentes. La Unión Europea, si bien adolece de una falta de competencias directas y específicas en esta materia, también se ha manifestado por la necesidad de una armonización del Derecho de Familia, tanto en declaraciones y resoluciones como en un importante paquete de Reglamentos, sin embargo de alcance bastante limitado, restringido al Derecho Internacional Privado y

quedando pendiente una armonización del Derecho sustantivo —salvo algunas tímidas excepciones—, por lo que no se resuelve la totalidad de los problemas que se plantean en este ámbito. En ese sentido, son de destacar los intentos académicos por lograr esa aproximación.

ABSTRACT: The harmonization of Family Law in Europe is a perhaps not frequently raised issue, but whose need exists, as we will see in this paper. While the possibility of a harmonization, and even an approximation, of European Family Laws is denied by many authors, the objections raised against are not truly consistent and in fact both historically there was a common base constituted by Roman, Canon and Common Law, as at present there are convergence phenomena derived from the existence of common values. Therefore, we are already witnessing the spontaneous convergence of the different Family Laws of European countries in certain areas, although precedents can be cited. The European Union, although suffering from a lack of direct and specific competences in this matter, has also pronounced in favour of the need of a harmonization of Family Law, both in declarations and resolutions and in an important package of Regulations, however, with a limited scope, restricted to International Private Law, and still pending a harmonization of substantive law —except for some timid exceptions—, so that the totality of the problems that arise in this area is not resolved. For this reason, we can foreground the academic attempts to achieve this approach.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia. Derecho europeo. Europa. Unión Europea. Armonización. Divergencia.

KEY WORDS: Family Law. European Law. Europe. European Union. Harmonization. Divergence.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA PARA UN DEBATE SOBRE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA.—III. PRIMEROS FENÓMENOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA.—IV. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD. 2. RELACIONES PATERNO-FILIALES. 3. PERSPECTIVAS DE FUTURO.—V. LOS TRABAJOS DOCTRINALES EN FAVOR DE LA ARMONIZACIÓN: 1. LA COMISIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO. 2. EL GRUPO *COMMON CORE OF EUROPEAN FAMILY LAW*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los diversos movimientos y grupos de estudio internacionales en favor de la armonización y homogeneización del Derecho Privado en Europa, frecuentemente se ha pasado por alto la armonización del Derecho de Familia. Más aún, en muchas ocasiones la posibilidad de dicha armonización ha sido directamente negada.

Así, el Derecho de Familia es, sin duda, quizás junto con el Derecho de Sucesiones (materias que, recordemos, no solo están íntimamente vinculadas sino que en muchos aspectos se tratan conjuntamente, y en algunos ámbitos el Derecho de Sucesiones incluso se considera como una parte más del Derecho de Familia)¹, una de las ramas del Derecho Privado que menos atención ha recibido dentro del debate sobre la unificación jurídica de la Unión Europea, hasta el punto de que si está bastante extendida la idea de la tendencia hacia la unificación del Derecho Civil en Europa, y hasta de la necesidad de un Código Civil europeo², en relación con el Derecho de Familia se ha considerado que sería como una de las principales materias refractarias a la unificación y hasta a un fructífero trabajo comparativo (GARCÍA CANTERO, 2003, 1175; BOELE-WOELKI, 2005, 162; y PINTENS, 2003, 6)³, o simplemente se han manifestado posiciones directamente contrarias a tal convergencia⁴.

Sin embargo, como pondremos de manifiesto en el presente trabajo, el proceso de la armonización del Derecho de Familia en Europa no solo resulta posible sino que es una realidad, si se quiere *silenciosa*, y la necesidad de esta armonización es cada vez más patente pese a la existencia de esas voces contrarias.

II. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA PARA UN DEBATE SOBRE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA

Hay dos ideas que se repiten constantemente para justificar este «abandono» del Derecho de Familia por parte de las declaraciones institucionales sobre la armonización del Derecho Privado en Europa: la escasa incidencia del Derecho de Familia en la consolidación del mercado interior y su infranqueable apego a longevas tradiciones jurídicas y a factores culturales y sociales de sesgo local.

Desglosemos, a continuación, los argumentos contrarios a la armonización europea del Derecho de Familia basados en las dos ideas que acabamos de exponer, en su mayoría comunes con los opuestos frente a la armonización del Derecho de Sucesiones⁵:

1. EL ARGUMENTO COMPETENCIAL Y LAS NECESIDADES DEL MERCADO INTERIOR

Es cierto que la Unión Europea carece de competencias directas y específicas en relación con el Derecho de Familia, y en ese sentido se ha discutido

la existencia de la necesidad de un Derecho de Familia armonizado para el correcto funcionamiento del mercado interior, argumento que autorizaría para una acción europea en este sentido. Sin embargo, frente a esas voces que niegan la desconexión del Derecho de Familia con los fines de la UE, existen varios factores que hacen pensar lo contrario: las relaciones y situaciones familiares tienen una gran trascendencia económica en la transmisión de bienes, tanto a nivel nacional como internacional; e igualmente el Derecho de Familia está estrechamente vinculado con el Derecho económico, y así por ejemplo determina diferentes formas de propiedad de los cónyuges en función del régimen económico-matrimonial adoptado.

Asimismo, la falta de certeza sobre cuál es el Derecho de Familia aplicable en los casos de familias con desplazamiento transfronterizo puede constituir un obstáculo para una adecuada previsión del patrimonio propio de una persona y de su transmisibilidad en vida de la misma y una situación contraria al principio de seguridad jurídica.

Además, la fragmentación nacional en este sector puede suponer un importante obstáculo para la libre circulación de las personas por todo el espacio europeo, libertad fundamental en el ordenamiento jurídico europeo que no tiene un aspecto únicamente económico o comercial, y por tanto, aun tangencialmente, si entraría en las competencias de la Unión Europea. Como ponen de manifiesto algunos autores (BOELE-WOELKI, 2005, 161; y asimismo MARTINY, 2004, 307), la ausencia de un Derecho de Familia armonizado implica igualmente un obstáculo a esa libre circulación y a la creación de una verdadera identidad europea y un espacio jurídico europeo integrado: el Derecho de Familia se relaciona íntimamente con la vida diaria de las personas como ningún otro campo del Derecho lo hace, y la existencia de grandes diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales en una Europa sin fronteras constituye un serio obstáculo para alcanzar una identidad europea común en forma de una auténtica ciudadanía europea, y actualmente en las situaciones transfronterizas la gente no puede confiar en la continuidad de sus relaciones familiares al cambiar de residencia. Las diferencias legales no deberían evitar o dificultar que un ciudadano europeo dejara su país de origen para ejercitar una actividad económica en otro Estado miembro y residir allí⁶, y en ese sentido las normas de Derecho de Familia pueden constituir restricciones⁷, que muy pocas veces pueden justificarse por el interés público (DETHLOFF, 2003, 56-58).

En concreto, la determinación de cuál es el Derecho de Familia nacional que rige en situaciones transfronterizas resulta en ocasiones un reto para abogados, notarios y tribunales que han de asesorar o resolver sobre estas cuestiones, y para los órganos administrativos que han de aplicarlo a las mismas (DETHLOFF, 2003, 39-50). Así, la determinación de la jurisdicción internacional cuando concurre en tribunales u órganos administrativos de distintos países, lo que se complica si consideramos que el Derecho aplicable suele decidirse por las

normas de conflicto del foro relevante, y ahí existe una gran disparidad: en algunos materias existen convenios de La Haya pero no tienen el mismo grado de aplicabilidad en todos los países, en función de que los hayan ratificado, firmado o ni siquiera eso, y en otras materias existe una gran variedad de normas de conflicto autónomas que deciden cuál será el Derecho aplicable; por ejemplo, a veces la norma de conflicto remite a la ley del país del órgano competente, lo que complica enormemente la resolución del conflicto en los casos de jurisdicción internacional concurrente, pues se perturba la deseable uniformidad internacional de las soluciones y surge un sustancial peligro de *forum shopping*, lo que proporciona una ventaja a la parte económicamente más fuerte, que tendrá más facilidad para obtener un asesoramiento legal especializado sobre las normas de conflicto y del Derecho sustantivo de los distintos foros y asumir los costes adicionales de litigar en otro país.

Por otra parte, distintas normas de conflicto atienden a puntos diferentes de conexión (así, podemos cuestionarnos si la distribución de la propiedad tras el divorcio ha de regirse por la ley del divorcio o la del régimen económico-matrimonial), y se plantea también la cuestión de si el Derecho aplicable a la materia principal del problema ha de resolverlo en su totalidad o bien las cuestiones preliminares (por ejemplo, la validez de un matrimonio en relación con sus efectos) han de decidirse independientemente. Además, una vez determinado el Derecho aplicable ha de concretarse su contenido, lo cual en ocasiones no es tan evidente cuando se trata de un Derecho extranjero, lo que implica una sustancial incerteza e impredecibilidad y acarrea considerables costes.

En otro sentido, esta diferencia entre los regímenes legales puede ocasionar que el incurrir en una situación transfronteriza implique la pérdida de las posiciones legales o cambios en los derechos u obligaciones atribuidos por la propia legislación, pues puede llevar a resultados divergentes (por ejemplo, según se atienda al criterio de la residencia o de la nacionalidad) que determinen que a una persona o relación se le atribuya en el país competente una posición más restrictiva de la que venía disfrutando en otro país (DETHLOFF, 2003, 43-50). Así, un cambio de residencia de una pareja o familia puede llevar a un cambio del Derecho aplicable. De este modo, las parejas registradas o las de mero hecho pueden perder sus derechos al trasladar su residencia a otro país; los padres de hijos extramatrimoniales, si estos trasladan su residencia, pueden pasar de una custodia compartida a perder toda patria potestad; los efectos del régimen económico-matrimonial inicialmente acordado pueden sufrir variaciones, etc. Esto es especialmente importante en el caso de que un ordenamiento jurídico otorgue un estado legal desconocido por otro o atribuya un concreto estado civil en función de requisitos desconocidos por el otro, o contemple un distinto contenido de derechos y obligaciones en un cierto estado civil, lo que provoca la aparición de relaciones jurídico-familiares claudicantes o «cojas», es decir, relaciones que existen bajo un Derecho pero no son reconocidas por

otro⁸. Estas relaciones se evitan cuando existe un sistema de reconocimiento de resoluciones extranjeras (así, con el régimen de los distintos Reglamentos Bruselas) o una unificación de las normas de conflicto (como se ha producido en parte con el Reglamento Roma III), pero se mantienen cuanto no existe ese reconocimiento o la ley provoca un cambio de posición legal, y la existencia o no de esas relaciones puede tener gran relevancia dado que si una situación legal no es reconocida no puede tener efectos ni pueden derivarse derechos de la misma, lo que tiene importantes consecuencias a efectos de residencia, nacionalidad, leyes sociales y tributarias, nombre o derechos sucesorios, por ejemplo.

No obstante, una unificación de las reglas de conflicto tampoco resuelve satisfactoriamente la situación, pues aun cuando fueran las mismas podrían producirse pérdidas de la posición legal de la pareja o familia por su cambio de residencia, y de ahí que pueda implicar un incentivo a reclamar judicialmente los propios derechos antes de cambiar de residencia, lo que es indeseable a fin de reducir la conflictividad judicial. Esto solo puede resolverse a través de una unificación o al menos armonización del Derecho de Familia sustantivo (DETHLOFF, 2003, 52-54).

Por último, la íntima interrelación del Derecho de Familia con el Derecho de propiedad, de obligaciones y el Derecho económico en general, así como con el Derecho de sucesiones, implica que una armonización en el ámbito del Derecho Privado —por no hablar del hipotético Código Civil europeo— haya de tener en cuenta también este ámbito.

En tal sentido, finalmente el Tratado de la Comunidad Europea (hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), con su modificación por el Tratado de Ámsterdam, vino a recoger una primera vía de actuación al establecer una competencia comunitaria para la unificación de materias de Derecho Internacional Privado, especialmente en lo referente al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia y la cooperación judicial y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales⁹, quedando aún pendiente la existencia de una competencia similar en relación con el Derecho sustantivo (PINTENS, 2003, 22-25; y JÄNTERÄ-JAREBORG, 2003, 194-195), si bien no falta quien sí ve una posible vía de actuación de la Unión en cuanto que el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ habla de «cooperación judicial en asuntos civiles *con repercusión transfronteriza*» y, dado que cada relación interna puede, al menos hipotéticamente, convertirse en una relación transfronteriza, para garantizar la libre circulación de personas en Europa, la Comisión europea debería tomar medidas —incluyendo la armonización o unificación del Derecho de Familia sustantivo en Europa— a fin de evitar la pérdida de posición legal que por ejemplo podría provocar un cambio de residencia si el factor de conexión no es fijo sino que se basa en la residencia habitual (en tal posición, BOELE-WOELKI, 2005, 162; y DETHLOFF, 2003, 37-64, y 2004, 544-568).

Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que en cierta medida copia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, contempla el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 9), que puede recibir incluso una protección más extensa que la prevista en el propio Convenio de Roma (art. 52.3), lo cual puede servir de base para ulteriores intervenciones en estas materias, y de este modo, a raíz del Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil de 16 de noviembre de 2001¹¹ y las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001¹², la Comisión europea comenzó a trabajar sobre el Derecho de Familia sustantivo.

2. EL ARGUMENTO DE LAS TRADICIONES LOCALES MARCADAS POR PARTICULARES RASGOS SOCIOCULTURALES

Constantemente se ha repetido la idea de que el Derecho de Familia tiene una configuración típicamente nacional, por su vinculación a aspectos sociales, religiosos y culturales propios de cada país, y tan dispares entre ordenamientos que no permiten diseñar normas unificadas.

El denominado *cultural constraints argument* alega que las diferencias entre los Derechos de Familia nacionales están tan íntimamente vinculadas con las tradiciones culturales de cada país, que esta diversidad cultural e histórica es insoslayable y por tanto los Derechos de Familia no convergen espontáneamente ni pueden ser armonizados intencionadamente, y este argumento, nacido en el ámbito de los estudiosos del Derecho de Familia, tiene ya tan largo recorrido —siendo utilizado ya en 1968 por W. MÜLLER-FREIENFELS (1968, 175-176)¹³— que durante largo tiempo se ha convertido para muchos —incluidos quienes se hallan empeñados en la armonización de otras áreas del Derecho Privado, que sostenían la inadecuación del Derecho de Familia para incorporarse a la posible armonización del Derecho Privado¹⁴, y hasta las instituciones europeas¹⁵— en casi evidente por sí mismo sin que se considerara que requería mucho cuestionamiento, aceptándose acríticamente (ANTOKOLSKAIA, 2007, 4; y 2008, 25)¹⁶: si los particularismos culturales hacían que el Derecho de Familia no fuera susceptible de convergencia espontánea, también impediría una armonización intencionada (ANTOKOLSKAIA, 2007, 4), de modo que la unificación del Derecho de Familia sería una «búsqueda sin esperanza» (expresión de KAHN-FREUND, 1978, 141). Solo desde finales de los años 90 es cuando la actitud hacia la armonización del Derecho de Familia se ha vuelto gradualmente más positiva, y muestra de ello es la constitución en 2001 de la *Comisión sobre el Derecho de Familia Europeo* y posteriormente del *Common Core of European Family Law*, grupos sobre los que volveremos más adelante.

Sin embargo, si uno analiza ese argumento, ve que realmente es inconsistente. Como indica ANTOKOLSKAIA (2008, 27-29 y 34), desde la Ilustración las tendencias ideológicas han sido paneuropeas y han generado sus propios valores en relación con la familia y el Derecho de Familia, y la diversidad en cada país europeo se ha manifestado más bien como reflejo de la dicotomía entre una ideología familiar *progresista* (que busca modernizar el Derecho de Familia bajo la influencia de las ideas «ilustradoras») y otra *conservadora* (que se opone a esa modernización en defensa de los valores familiares «tradicionales»), que no es propia de un país europeo sino que se reproduce en cada uno de ellos. Cada país europeo tiene una ideología predominante referente a la familia, correspondiente normalmente a las ideas de la mayoría de la población o de las élites dirigentes, pero en ocasiones se produce un enfrentamiento entre las culturas conservadora y progresista, que suele concluir normalmente en una legislación de compromiso (raramente se produce la imposición de una postura sobre la otra) y precisamente el principal determinante de la evolución del Derecho de Familia nacional es el equilibrio de poder entre los seguidores de una y otra, equilibrio que obviamente no es único ni inmutable, pues pocas cosas hay tan variables como las vicisitudes políticas de un país y el resultado de las elecciones democráticas.

Otro de los argumentos en defensa del particularismo cultural en materia de Derecho de Familia se hace basar en la irreconciliable discordancia entre las mentalidades del *civil law* y el *common law* (LEGRAND, 1996, 62). Sin embargo, varios autores (como ANTOKOLSKAIA, 2008, 31-32; MERRYMAN, 1978, 195-233; o ZIMMERMANN, 2004, 33-41) han indicado en contra que la convergencia entre ambos sistemas jurídicos, aunque gradual e irregular, se ha producido tanto a nivel funcional (similares soluciones para problemas parecidos) como formal (convergencia en las fuentes, pues incluso en los países de *common law* el Derecho de Familia es una materia principalmente codificada; y creciente aproximación de los puntos de vista judicial), así como que realmente no hay mucha diferencia entre las normas de uno y otro sistema legal en el Derecho de Familia, dado que ambos recogen los valores fundamentales de la cultura occidental.

Por otra parte, como veremos, existe una importante tradición común procedente del Derecho romano, canónico y común, que se ha plasmado en la existencia de elementos comunes a todos los ordenamientos jurídicos nacionales —salvo la excepción de los regímenes económico-matrimoniales, sobre la que volveremos— ya desde los primeros Códigos, como expresión de valores básicos comunes que permiten hablar de una identidad cultural europea, e igualmente ha de tenerse en cuenta la evolución y aproximación entre las sociedades actuales (en gran medida consecuencia de la denominada *globalización*), que está provocando una aproximación de valores y soluciones jurídicas, reforzada por el mejor conocimiento de los ordenamientos extranjeros, lo que

también provoca la convergencia de los Derechos de Familia nacionales. De este modo podría hablarse realmente de una cultura familiar común *europaea*, si bien teniendo presente que existen diferencias entre las culturas e ideologías familiares nacionales en Europa, diferencias que previsiblemente seguirán existiendo en el futuro.

Además, las tradiciones locales tampoco tienen necesariamente que mostrarse impermeables al cambio y a la recepción del Derecho extranjero: la vinculación cultural no implica que estemos tan unidos a una cultura que abandonemos nuestra identidad cuando se producen los cambios culturales, ni que la tradición sea «sagrada» y deba conservarse a todo trance, pues las normas familiares no son un fin en sí mismas sino más bien un medio para regular las relaciones humanas (ANTOKOLSKAIA, 2008, 26). Estas tradiciones cambian desde el interior, no evitan los cambios (DE OLIVEIRA, 2000, 273), y así en la mayoría de los países europeos se han venido adoptando reformas de países vecinos, perdiéndose mucho de ese individualismo y cultura nacionales¹⁷.

3. EL ARGUMENTO DEL LOCALISMO DEL DERECHO DE FAMILIA

Este argumento encuentra fácil crítica en la aparición y aumento significativo de las relaciones familiares transfronterizas que ponen de relieve una progresiva internacionalización del Derecho de Familia. El incremento de la movilidad de las personas, por otros motivos laborales u otros, provoca que aumenten las conexiones familiares (y los problemas de Derecho de Familia) con elemento extranjero.

En el mundo de hoy, en que las personas se mueven cada vez más de un país a otro, el número de familias hechas de ciudadanos de distintos países europeos o de nacionales europeos y ciudadanos de terceros países, está aumentando, hasta el punto de que actualmente hay alrededor de 16 millones de parejas internacionales en la Unión Europea, que lógicamente conllevan una diversidad de implicaciones y efectos jurídicos, y cuando tales familias se rompen, sus miembros, incluyendo los hijos, a menudo terminan viviendo en distintos países, lo que provoca enormes dificultades cuando el Derecho aplicable a estos aspectos difiere de un país a otro, importante cuestión a tener en cuenta.

III. PRIMEROS FENÓMENOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA

Realmente, la regulación del Derecho de Familia en los distintos países europeos es y era mucho más próxima ya desde el período codificador. Así, la común tradición romano-canónica-germánica se veía en la existencia en ese

momento de instituciones comunes a toda Europa (GARCÍA CANTERO, 2003, 1175), algunas de las cuales están claramente superadas en la actualidad:

- a) Ubicación de la mujer en una posición jurídica de clara inferioridad y subordinación al varón, de modo que frecuentemente la mujer solo salía de la subordinación al padre para pasar a la del marido¹⁸.
- b) Generalización de un modelo de matrimonio caracterizado por ser la única unión sexual legalizada y basarse en el consensualismo, la heterosexualidad, la unigamia y la solemnidad: debe concurrir un libre consentimiento prestado por un hombre y una mujer sin previo vínculo matrimonial activo, que ha de prestarse en la forma prevista en la ley e inscribirse en un Registro público para producir efectos *erga omnes*. En tal caracterización, el matrimonio canónico sirvió notoriamente como modelo del matrimonio civil, especialmente donde este también era indisoluble, como Italia y España.

Sin embargo, se mantenían también importantes diferencias en el Derecho de Familia de los distintos países europeos en algunas materias (GARCÍA CANTERO, 2003, 1177), y así en la configuración del matrimonio como indisoluble, en el reconocimiento de efectos civiles para el matrimonio en forma religiosa, en la configuración del divorcio —donde se admitía— como causal (basado en la culpa y por hechos graves, o en causas objetivas) o bien por mutuo consenso, con lo que el matrimonio civil disoluble por divorcio va alejándose cada vez más del modelo del matrimonio canónico hasta llegar al divorcio acausal y por voluntad unilateral (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 18); la configuración del consentimiento de la familia como requisito del matrimonio de los menores de edad, cuya falta permitiría su anulación; la edad de la mayoría de edad y la edad núbil, la organización económica del matrimonio con sistemas de atribución generalizada al marido de las facultades de gestión de los bienes, la posibilidad de investigación de la paternidad y la maternidad y la utilización de pruebas biológicas, los efectos de la filiación no legítima, la regulación de la adopción; el ámbito familiar de aplicación de los alimentos, tomando como referencia únicamente la familia consanguínea o ampliándola a los parientes por afinidad; o la configuración de la organización de la tutela, como tutela de familia o tutela de autoridad (administrativa o normalmente judicial).

Esta situación y su enfrentamiento con los progresivos cambios sociales puso de manifiesto, ya a principios del siglo XX, una creciente divergencia entre el Derecho de Familia y las concepciones de la sociedad, hasta el punto de llegar a hablarse a mediados de ese siglo de una «crisis del Derecho de Familia». En este punto, son muy ilustrativas las palabras de W. G. FRIEDMANN (1959, 207-208)¹⁹: «*The contemporary crisis of family law results from a variety of factors: changes in social philosophy, which emphasize the freedom*

of the individual, as against the mainly religiously determined indissolubility of the marriage status; the profound transformation in the economic status of the family in the modern urbanised society, and, in particular, in the position of married women; modern scientific and medical developments which make birth control and artificial insemination possible; finally, the growing claims of the modern Welfare State, which makes new demands of, but also assumes far greater responsibilities towards, the family».

Pero, por otra parte, se ha venido observando una rápida unificación de ciertos aspectos del Derecho de Familia. Los cambios en las concepciones sociales se pusieron de manifiesto en que, ya desde principios del siglo XX, se empiecen a observar cambios en el Derecho de Familia de diversos países. Así, en los países nórdicos (tanto los tres países escandinavos como Finlandia e Islandia) se inicia un profundo movimiento armonizador²⁰, a menudo citado como paradigmático de que es factible la convergencia del Derecho de Familia de diversos países. En este momento, se insta en esos países una igualdad de los cónyuges y los hijos: por una parte, se establece la igualdad entre los sexos en el matrimonio; por otra, se regula la filiación extramatrimonial dando un especial protagonismo a la madre²¹. Igualmente, los textos constitucionales de la nueva URSS establecen como principios fundamentales la igualdad jurídica de los sexos y la no discriminación de los hijos por razón de su origen.

No obstante, no será hasta fundamentalmente los años 50, en muchos casos como efecto de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación derivados de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y de las campañas de las Naciones Unidas²², y de las posiciones al respecto del Consejo de Europa²³ y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en especial en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma—²⁴, y posteriormente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁵, cuando se observe el inicio de una creciente tendencia hacia la unificación, dando origen a profundas reformas de los antiguos códigos civiles, en los referidos aspectos: igualdad entre hombre y mujer, tanto dentro como fuera del matrimonio²⁶, no discriminación de los hijos por razón de su origen matrimonial o extramatrimonial y consagración del principio del interés superior del menor. Este sistema de Derecho de Familia ha servido como modelo a las reformas realizadas en los denominados «países del este» tras la caída del Muro de Berlín.

Igualmente, se ha producido una flexibilización en el ámbito de las uniones a las que se reconoce efectos legales y a la posibilidad de adopción por parte de ellas (PINTENS, 2003, 12-16).

Así, si bien el fenómeno de las parejas de hecho no es en absoluto nuevo²⁷, asistimos en los últimos tiempos a una revivificación del mismo. Desde que tras el Concilio de Trento (Decreto *Tametsi*)²⁸ se estableciera que el matrimonio debía contraerse en presencia del párroco o sacerdote delegado²⁹, se configura un único modelo de relación de pareja en Europa, el del matrimonio legal, salvo

quizás con la excepción del *common law marriage*, en realidad un matrimonio consensual no solemne sin excesiva aplicación práctica y derogado expresamente en algunos países (GARCÍA CANTERO, 2003, 1180). Por tanto, a las uniones de hecho que se apartaban de tal modelo se les niega todo reconocimiento, en especial desde que el *Code* francés recoja la opinión de Napoleón en el sentido de que *Si les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*³⁰, de modo que en la generalidad de los Códigos Civiles europeos las uniones de hecho van a carecer de toda relevancia jurídica o contemplarse negativamente y habrá de ser la jurisprudencia quien resuelva los conflictos referentes a las mismas.

Sin embargo, el notable incremento de las uniones de hecho extramatrimoniales en Europa, fundamentalmente una vez transcurridos los tres primeros cuartos del siglo XX, hace que se comience a legislar sobre esta realidad, inicialmente respecto de las parejas heterosexuales y después incluyendo las homosexuales (que en este momento no podían contraer matrimonio entre sí)³¹, acercando su régimen al matrimonial³². En el primer caso nos encontramos con una verdadera *contradictio in terminis*³³, pues una pareja cuyos miembros que deciden no casarse cuando podrían hacerlo (se afirma un «derecho a no casarse») recibe el mismo tratamiento, o muy próximo, al matrimonio sobre la base de un derecho a la no discriminación con las parejas casadas (es decir, con el argumento de la no discriminación, se *matrimonializa* una pareja que precisamente no quería *matrimonializarse*, si se admite el juego de palabras).

De este modo, van proliferando en Europa las normas, a partir de las leyes escandinavas sobre las *partnerships* registradas³⁴, que regulan las parejas de hecho tomando como modelo el matrimonio y son aplicables tanto a uniones heterosexuales como homosexuales. En esta línea, destacan en Francia la Ley 99-944, de 15 de noviembre de 1999, que instauró el denominado *pacte civil de solidarité* (PACS) con inscripción en un registro judicial y que se regula por los acuerdos de los propios intervinientes³⁵, junto con la incorporación al *Code*³⁶ de la figura jurisprudencial del *concubinage*, produciéndose así una trilogía de formas legales de unión intersexual (matrimonio, PACS y concubinato); y la *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemana de 2001, que reconoce a las parejas registradas, hetero y homosexuales, muchos de los efectos del matrimonio. En España, en defecto de una ley nacional que regule la materia, esta corriente ha dado lugar a una pluralidad de leyes autonómicas, incluso en comunidades autónomas no forales (de hecho, se ha regulado en todas salvo Castilla y León, Castilla-La Mancha, La Rioja y las ciudades autónomas, comunidades que aun no teniendo leyes reguladoras de las uniones sí han creado registros de parejas de hecho, al igual que multitud de municipios) o excediendo a veces la competencia legislativa civil autonómica, incurriéndose por ello en ocasiones en su inconstitucionalidad³⁷.

No obstante, sigue manteniéndose una importante diversidad en los efectos legales atribuidos a las uniones de hecho, pues varían desde la atribución de

solo algunos derechos limitados en el campo del Derecho público y privado hasta una completa equivalencia funcional al matrimonio, como es el caso del *partnership* registrado nórdico, y asimismo existe diversidad respecto a si debe imponerse una regulación legal a las parejas heterosexuales que han elegido no institucionalizar su relación (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 18-19).

Por otra parte, esta corriente flexibilizadora de las uniones da un paso más allá con la eliminación en los Países Bajos en el año 2000 (con vigencia desde el 1 de abril de 2001) del requisito de la heterosexualidad y por tanto la admisión del matrimonio homosexual, aunque manteniendo las uniones registradas, lo que ha sido seguido por otros países europeos: Bélgica en 2003, España en 2005 (Ley 13/2005, de 1 de julio), Noruega en 2008 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2009), Suecia en 2009, Portugal e Islandia en 2010, Dinamarca en 2012, Francia en 2013; parte del Reino Unido (Escocia e Inglaterra y Gales y varios territorios de ultramar) y Man, Jersey y Guernsey, y Luxemburgo en 2014 (entrando en vigor en Luxemburgo el 1 de enero de 2015), Irlanda en 2015, y Finlandia, Alemania y Malta en 2017 (año también en que el Tribunal Constitucional austriaco ha eliminado el requisito de heterosexualidad, con efectos desde el 1 de enero de 2019), llegándose a 25 países a escala mundial.

De esta manera, en los últimos 250 años hemos pasado de un concepto unánime y evidente en toda Europa de matrimonio como única unión y de naturaleza heterosexual a una gran variedad de relaciones legalmente reconocidas y con un matrimonio abierto a homosexuales y transexuales, de modo que se ha pasado de un único concepto legal uniforme de matrimonio y una única forma legal de relación de pareja a una variedad de conceptos y formas legales (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 17).

La flexibilización del concepto de unión legal ha provocado la aparición de la cuestión de la adopción por parte de las parejas o matrimonios homosexuales, en la que a nivel mundial la mayoría de los ordenamientos aún se muestran contrarios a admitirla, generalmente sobre la base del principio del interés superior del menor, si bien ha venido extendiéndose rápidamente su admisibilidad, sobre todo en el ámbito europeo. Así, Dinamarca permitió diez años después de la introducción de las uniones registradas la adopción por los convivientes homosexuales, pero solo si el niño es el hijo natural o adoptivo de su compañero, salvo que provenga de un país extranjero, y en 2010 ha eliminado esas restricciones; Holanda permitió en 2001 la adopción aunque el niño no sea descendiente de uno de los convivientes, pero únicamente respecto de adopciones nacionales; y Suecia tiene desde 2002 una regulación similar a la holandesa pero sin la restricción a los niños extranjeros. En España, si bien desde 2000 se admitió en varias comunidades autónomas³⁸ la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales, fue con la Ley 13/2005 cuando se eliminó el requisito de la heterosexualidad en los cónyuges adoptantes, al suprimirse en el matrimonio (LASARTE, 2017, 325), lo que posteriormente se extendió a

las parejas de hecho con la reforma del artículo 175.4 del Código Civil por la Ley 26/2015, que permite tanto la adopción conjunta como la de un cónyuge o miembro de la pareja de hecho respecto de los hijos del otro.

Con posterioridad, también han admitido la adopción conjunta por parejas homosexuales Bélgica e Islandia (2006), Noruega (2009), Francia (2013), Andorra y Malta (2014), Luxemburgo (2015); Austria, Irlanda y Portugal (2016), Alemania y Finlandia (2017) y Reino Unido (en un proceso iniciado en 2005 con Inglaterra y Gales y que aún no ha alcanzado a todos los territorios y dependencias británicos), y restringida al hijo biológico o adoptivo del otro conviviente Eslovenia (2011), Croacia (2014), Estonia e Italia (2016) y Suiza (2018).

De modo paralelo, los avances en las investigaciones biológicas y médicas han permitido el establecimiento de un principio de libre investigación de la paternidad³⁹ y de predominancia de la verdad biológica frente a la regla de la parcial o reducida investigación recogida por los Códigos. Asimismo, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida a partir de finales de los años 70 ha provocado un importante impacto sobre los Códigos Civiles (GARCÍA CANTERO, 2003, 1179), sustituyéndose de nuevo el principio de la verdad biológica por una paternidad basada exclusivamente en la voluntad del padre legal, atribuyéndose en otros casos la paternidad sobre la base de presunciones *iuris et de iure*, o se permite la atribución de una concepción *post mortem*, y en este último aspecto siguen manteniéndose importantes diferencias que hacen difícil la unificación: desde los países que limitan el recurso a la reproducción asistida a las técnicas homólogas (como Italia) hasta las que las admiten tanto en su modalidad homóloga como heteróloga (como es el caso de España), e incluso las que admiten la denominada *gestación subrogada*, tanto en cualquier caso (por ejemplo, Grecia o Rusia) como limitada a la inexistencia de retribución a la gestante (así, Dinamarca, el Reino Unido, o recientemente Portugal).

En todo caso, como señala GARCÍA CANTERO (2003, 1176-1177), la posible armonización no puede realizarse precipitada o irreflexivamente, ni descartando principios ya arraigados en la historia nacional o europea⁴⁰.

En esa armonización destaca el recurso a convenios internacionales sobre diversas cuestiones, como la Convención Europea de 1975 sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio o las Actas de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (aunque subsisten importantes divergencias en materia de adopción), o el acercamiento unificador realizado por la Comisión europea en materia de Registro Civil, pero quedan aún un amplio campo para la armonización en materias de gran relevancia, como la filiación, la referidas cuestiones pendientes en la adopción, el derecho de alimentos o la tutela.

Así, como vemos, si bien a lo largo de la historia se han sucedido momentos concretos de convergencia con otros de divergencia y diferencias de un país a otro, el desarrollo global del Derecho de Familia en Europa en los últimos siglos se ha caracterizado por una evolución progresiva cuya dirección se ha mante-

nido constante desde un Derecho patriarcal, restrictivo y suprapersonal a uno moderno, permisivo y personal: la sustancia, tendencias y fuerzas conductoras de la reforma del Derecho de Familia han sido esencialmente las mismas en todas partes, las únicas diferencias están en el *timing* de este proceso⁴¹. Asimismo, si podemos decir que existe una tendencia general hacia la modernización del Derecho de Familia en Europa, que ha estado convergiendo en el pasado (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 12-21), también podemos decir que el concepto de familia está convergiendo en el presente, con una aproximación de los Derechos de Familia de los países europeos, en la que destaca la cooperación nórdica que mencionamos anteriormente (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 15 y 21-24).

No obstante, quedan aún importantes ámbitos del Derecho de Familia en que la gran diversidad entre los distintos países europeos (y aun entre zonas de un mismo país) es evidente, como es el caso de los regímenes económico-matrimoniales, materia en la que, a diferencia de las otras antes mencionadas, los países europeos no comparten un pasado jurídico común.

Sin embargo, mientras que en el siglo XVIII los distintos regímenes no eran más que formas diferentes de que el marido usara y administrara el patrimonio de la esposa en beneficio de la familia y se salvaguardaran los bienes heredables de esta en beneficio de la descendencia, lo que provocaba un considerable nivel de similitud a un nivel funcional, caracterizado por la incapacidad legal de las mujeres casadas, desde finales del siglo XIX y hasta aproximadamente los años 80 los regímenes económico-matrimoniales⁴² han experimentado una importante transición al actual modelo de igualdad de los cónyuges, en que los distintos regímenes vuelven a tener una importante similitud funcional en la medida en que sus objetivos son los mismos en todos los países: asegurar dicha igualdad (punto en el que la similitud entre los distintos países es casi total) y conseguir un equilibrio adecuado entre los principios de solidaridad y autonomía. Por tanto, se ha conseguido una importante similitud funcional, si bien las diferencias entre los dos principales regímenes económico-matrimoniales (comunidad limitada de patrimonios y separación de patrimonios —si acaso con una comunidad diferida—) siguen siendo importantes y es bastante probable que así siga siendo (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 19-20), y que estos regímenes sigan persistiendo (PINTENS, 2003, 9-12; y asimismo MARTINY, 2004, 321), aun cuando han sido importantes los pasos hacia la aproximación de los distintos sistemas también en este punto, tanto por la vía del Derecho Internacional Privado (como los Reglamentos europeos que luego mencionaremos) como del Derecho sustantivo (así, el Acuerdo franco-alemán de 4 de febrero de 2010 estableciendo un régimen matrimonial opcional de participación en las ganancias, que dio lugar a las correspondientes leyes francesa y alemana), hasta el punto de haber autores que entrevén la posibilidad de hablar del establecimiento de un Derecho común europeo económico-matrimonial⁴³.

Por tanto, si bien hay materias en las que parece haberse llegado al «punto final» de la modernización, como es el caso de la igualdad de los esposos y de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ello no puede predicarse del conjunto del desarrollo del Derecho de Familia, pues quedan otras muchas cuestiones en la que existe gran diversidad (matrimonio homosexual, divorcio acausal, parejas de hecho) y en las que la evolución de los distintos países se produce a diferente velocidad, además de existir determinadas materias relacionadas con los avances técnicos (reproducción asistida, gestación subrogada y preferencia por una madre sobre la otra, e incluso clonación) en que es previsible la continuidad de regulaciones legales por afrontar problemas que no pueden ser descritos en simples términos de modernización o protección de los derechos humanos (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 22-24)⁴⁴.

IV. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

Frente a las situaciones y necesidades indicadas, la Unión Europea ha respondido con el objetivo de ofrecer a los ciudadanos europeos una seguridad jurídica en las situaciones familiares transfronterizas, fundamentalmente en lo referente a los aspectos de Derecho Internacional Privado. Así, fundamentalmente por medio de Reglamentos, ha venido definiendo aspectos claves de materias sustantivas y procesales, como son la jurisdicción y competencia judiciales, el Derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio, pensiones compensatorias y controversias sobre los hijos, incluyendo el secuestro internacional de niños, y ha proporcionado nuevos marcos de referencia para la cooperación transnacional. En todo caso, no puede considerarse esta unificación, básicamente de las normas de conflicto, como sustituto de la unificación de los Derechos sustantivos: como señala MARTINY (2004, 310), la armonización del Derecho Internacional Privado europeo no sería más que un paso intermedio en el camino hacia una mayor integración.

Los principales instrumentos de la Unión Europea en esta materia han versado sobre las crisis matrimoniales y sus efectos y la responsabilidad parental.

1. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

La regulación de la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (separación, divorcio y nulidad) se recoge en el *Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (más conocido como Reglamento Bruselas II bis

o IIa), en vigor desde el 1 de marzo de 2005 en todos los Estados de la Unión excepto Dinamarca.

El Reglamento Bruselas II bis planteaba el problema de su insuficiencia al centrarse únicamente en esos aspectos procesales, sin determinar el Derecho nacional sustantivo que los tribunales debían aplicar en relación con el divorcio, separación o nulidad, por lo que a finales de 2010 la Unión Europea fue un paso más allá con el *Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* (conocido como Reglamento Roma III), que permite a los cónyuges adoptar acuerdos sobre el Derecho nacional sustantivo que se aplicará a su divorcio, y en caso de no existir tal acuerdo establece una serie de reglas que permiten que el tribunal determine cuál será tal Derecho nacional. Dado que se trata de un Reglamento aplicable en el marco de una «cooperación reforzada», se aplicará a los Estados miembros que participan en ella⁴⁵, mientras que a los demás les seguirán siendo de aplicación sus propias normas nacionales.

Además de los propios efectos personales entre los cónyuges o excónyuges, la separación, divorcio o nulidad también conllevará una reorganización de las relaciones entre ellos y con los hijos comunes que pueda haber, e igualmente desembocará en la división de los posibles bienes comunes que puedan tener y, en su caso, en el pago de una pensión alimenticia de un cónyuge al otro o a los hijos.

La Unión Europea también ha adoptado recientemente diversas normas en relación con estas situaciones para clarificar los aspectos patrimoniales de los matrimonios o parejas de hecho registradas de ámbito internacional, que permiten a los matrimonios internacionales elegir qué Derecho nacional regirá su patrimonio en caso de muerte o separación, divorcio o nulidad, e incluso a las parejas de hecho internacionales, respecto de las que se remite la regulación del patrimonio común al Derecho nacional del país donde se registró la pareja, dándoles así una seguridad jurídica. En este sentido, destacan el *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*, respecto de los matrimonios; y el *Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*, respecto de las parejas de hecho. Ambos serán aplicables a partir del 29 de junio de 2019 en 17 Estados miembro participantes en la cooperación reforzada⁴⁶.

En cuanto a las pensiones alimenticias, el *Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* establece desde el 18 de junio de 2011

los tribunales competentes y el Derecho nacional aplicable en lo referente a las pensiones compensatorias y alimenticias y el reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre estas materias, de modo complementario al Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

2. RELACIONES PATERNO-FILIALES

El Reglamento Bruselas II bis, al que antes nos referimos, también determina la competencia y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materias de responsabilidad parental, incluyendo derechos de custodia y visitas, guarda y acogimiento del hijo, al margen de que los progenitores estén casados entre sí o no y de que sean o no sus progenitores biológicos. Asimismo, no se restringe a sentencias judiciales, sino que también es de aplicación a los acuerdos entre los progenitores que sean ejecutables en el país en que se realizaron (normalmente, previa homologación judicial).

3. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Los citados Reglamentos europeos se han ido convertido así progresivamente en las principales normativas aplicables en estas materias en relación con las familias internacionales, pero se han limitado a los aspectos de Derecho Internacional Privado (competencia y reconocimiento de resoluciones y normas de conflicto), quedando pendiente la armonización del Derecho sustantivo.

La ventaja de esta armonización de las reglas de conflicto es que proporcionan seguridad jurídica para todos los ciudadanos europeos a través de un conjunto coherente de normas para identificar cuál es el tribunal nacional competente y cuál será el Derecho nacional aplicable en determinadas cuestiones familiares.

No obstante, el fenómeno del *Brexit*, con la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, va a implicar un importante cambio en esta situación de creciente unificación del Derecho internacional de Familia europeo, estando por verse si y cómo dicho país finalmente trasladará estas normas europeas a su legislación nacional.

V. LOS TRABAJOS DOCTRINALES EN FAVOR DE LA ARMONIZACIÓN

No podíamos terminar este trabajo sin hacer una breve referencia a los diversos movimientos académicos en favor de la armonización del Derecho

de Familia europeo: la Comisión sobre el Derecho de Familia europeo y el *Common Core of European Family Law*, dentro del proyecto *Common Core of European Private Law*.

1. LA COMISIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

La denominada Comisión sobre el Derecho de Familia europeo (*Commission on European Family Law*, CEFL)⁴⁷ se trata de un grupo, constituido el 1 de septiembre de 2001, que es una iniciativa puramente académica totalmente independiente de cualquier organización o institución. Está integrado por aproximadamente 26 expertos de Derecho de Familia y Derecho comparado provenientes de todos los Estados miembro de la Unión Europea y de algunos otros países europeos.

El principal objetivo de la CEFL es lanzar un ejercicio teórico y práctico pionero en relación con la armonización del Derecho de Familia en Europa, mediante la siguiente metodología:

- Se examina el estado actual de la investigación comparada sobre la armonización del Derecho de Familia en los países europeos, intercambiando experiencias y coordinando otras actividades de investigación en este campo.
- Se busca el núcleo común (*common core*) para la solución de varios problemas legales sobre la base de comparar las diferentes soluciones provistas por los Derechos de Familia de los distintos países europeos.
- Se examina el papel de los (potenciales) futuros Estados miembros de la Unión Europea en el proceso de armonización del Derecho de Familia.

La CEFL está integrada por dos órganos: el Comité Organizador y el Grupo de Expertos. La tarea general del Comité Organizador es constituir el Grupo de Expertos (en función de las áreas de trabajo) y preparar y coordinar el trabajo tanto del Grupo de Expertos como de la Comisión en su conjunto.

Los principales resultados de los trabajos de la Comisión se concretan en la elaboración, a modo de unos modelos legales que se consideran adecuados para la armonización del Derecho de Familia en Europa (parecidos a los PECL o PETL), de los *Principios de Derecho de Familia Europeo* sobre diversas materias, de los cuales hasta el momento se han publicado —en varios idiomas— los referentes al divorcio y alimentos entre excónyuges (2004), responsabilidades parentales (2007) y regímenes económico-matrimoniales (2013), y se halla en preparación otro sobre uniones de hecho.

La actuación y resultados iniciales de las actividades de la CEFL se han presentado ampliamente en congresos internacionales en toda Europa y más allá,

y en especial en las Conferencias de la CEFL de las que se han organizado hasta la fecha cinco, sobre *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe* (2002) y *Principles of European Family Law. Divorce, Maintenance between Former Spouses and Parental Responsibilities* (2004), en la Universidad de Utrecht; *European Challenges in Contemporary Family Law* (2007), en la Universidad de Oslo; *The Future of Family Property in Europe* (2010), en la Universidad de Cambridge; y *Family Law in Europe: New Developments, Challenges and Opportunities* (2013), en la Universidad de Bonn. Ya está convocada la Sexta Conferencia de la CEFL, a celebrar en noviembre de 2018 en la Facultad de Derecho Bucerius en Hamburgo, sobre *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*.

En paralelo, desarrolla una intensa labor de difusión investigadora, a través de la publicación de numerosos estudios de sus miembros.

2. EL GRUPO *COMMON CORE OF EUROPEAN FAMILY LAW*

El proyecto denominado *Common Core of European Private Law*⁴⁸ se inició en 1993 en la Universidad de Trento (de ahí que a veces se le denomine también como *Grupo de Trento*) bajo la dirección del Profesor Rudolf B. SCHLESINGER, siendo pronto sustituido al frente del proyecto por Ugo MATTEI and Mauro BUSSANI como *Editores Generales*. Se trata de una iniciativa académica justificada sobre el argumento de que para el jurista transnacional la actual situación europea es similar a la de un viajero obligado a cruzar la Europa legal utilizando una serie de mapas locales diferentes, y a tal efecto el proyecto busca ayudarle en el viaje más allá de su propia localidad. A fin de descubrir lo que ya es común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, se emplean cuestionarios basados en estudios de casos ampliamente circulados y discutidos entre juristas de diferentes tradiciones (corresponsales nacionales) para dibujar al menos las líneas principales de un mapa legal fiable de Europa, organizándose en diversos grupos temáticos referidos a áreas diversas del Derecho Privado⁴⁹, que trabajan por separado si bien anualmente se reúnen y exponen sus avances conjuntamente en reuniones generales del Proyecto, la primera de las cuales fue en Trento en 1995 (al cierre de la redacción de estas líneas ya está anunciada la celebración de la XXIV reunión, de 2018). El trabajo de los diversos grupos ha ido dando lugar a una serie de volúmenes, alguno de los cuales ya han sido publicados.

Dentro de este proyecto, destaca el grupo denominado *Common Core of European Family Law*, que ha abordado inicialmente la elaboración del volumen titulado *Duties Of Care And Duties Of Cash In Family*, que actualmente se halla ya muy próximo a su conclusión. El grupo se halla coordinado por Antonello MIRANDA, Odile ROY y Christian DADOMO (especialmente el primero) e

integrado por un numeroso grupo de estudiosos del Derecho de Familia provenientes de varios países europeos. El grupo de los corresponsales españoles se halla dirigido por el Prof. Carlos LASARTE y está compuesto además por Araceli DONADO y el autor de estas líneas, habiéndose incorporado recientemente Alfredo FERRANTE.

VI. CONCLUSIONES

I. Como hemos visto, si bien se niega por muchos la posibilidad de una armonización, y ni siquiera una aproximación, de los Derechos de Familia europeos, sobre todo sobre la base de las peculiaridades nacionales de esta área del Derecho, las objeciones planteadas en contra no son verdaderamente consistentes y de hecho tanto históricamente existía una base común constituida por el Derecho romano, canónico y común, como en la actualidad se producen fenómenos de convergencia derivados de la existencia de unos valores comunes.

II. De hecho, la disparidad de regulaciones en materia de Derecho de Familia crea importantes inconvenientes en una sociedad, como la europea, en que es creciente el número de familias con conexiones transfronterizas, pues conllevan inseguridad jurídica e imprevisibilidad de las propias situaciones, pérdida de posiciones legales, creación de relaciones «cojas» o riesgo de que alguna de las partes acuda al *forum shopping*.

III. Por ello, ya estamos asistiendo a la convergencia espontánea de los distintos Derechos de Familia de los países europeos en ciertas materias, en especial como consecuencia de los efectos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otras actuaciones de las Naciones Unidas, y de las posiciones al respecto del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque pueden citarse precedentes como la armonización producida desde principios del siglo XX en los países nórdicos.

IV. La Unión Europea, si bien adolece de una falta de competencias directas y específicas en esta materia, también se ha manifestado por la necesidad de una armonización del Derecho de Familia, tanto en declaraciones y resoluciones como en un importante paquete de Reglamentos (Bruselas II bis, Roma III, 2016/1103 y 2016/1104, y 4/2009). Sin embargo, estos Reglamentos han sido de alcance bastante limitado, restringido al Derecho Internacional Privado y quedando pendiente una armonización del Derecho sustantivo —salvo algunas tímidas aproximaciones como el Acuerdo franco-alemán de 2010 estableciendo un régimen matrimonial opcional de participación en las ganancias—, por lo que no se resuelve la totalidad de los problemas que se plantean en este ámbito.

V. En tal sentido, son de destacar los intentos académicos por lograr esa aproximación, y en especial los trabajos de la Comisión sobre el Dere-

cho de Familia europeo y sus *Principios de Derecho de Familia europeo*, que se busca sirvan como modelo para la adaptación de las legislaciones nacionales.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 13 de junio de 1979, as. 6833/74, *Marckx c. Bélgica*.
- STEDH de 18 de diciembre de 1986, as. 9697/82, *Johnston y otros c. Irlanda*.
- STEDH de 24 de marzo de 1988, as. 10465/83, *Olsson c. Suecia (Olsson I)*.
- STEDH de 26 de mayo de 1994, as. 16969/90, *Keegan c. Irlanda*.
- STEDH de 21 de diciembre de 1999, as. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*.
- STEDH de 26 de febrero de 2002, as. 36515/97, *Fretté c. Francia*.
- STEDH de 14 de diciembre de 2017, as. 26431/12, *Orlandi y otros c. Italia*.

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA⁵⁰

- STJCE de 3 de marzo de 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*.
- STJCE de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93, *Bosman*.
- STJCE de 4 de abril de 1996, as. C-13/94, *P*.
- STJCE de 2 de noviembre de 1997, as. C-336/94, *Dafeki*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2003). La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: perspectiva. En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 107-128.
- ALPA, G. (2000). European Community Resolutions and the Codification of Private Law. *European Review of Private Law*, Vol. 8, núm. 2, 321-334.
- ANTOKOLSKAIA, M. (2007). Introduction. En: M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford: Intersentia, 1-8.
- (2007a). Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. En: M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford: Intersentia, 11-24.
- (2008). Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument. *Utrecht Law Review*, Vol. 4, núm. 2, 25-34.

- BASEDOW, J. (2001). Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid. *European Review of Private Law*, Vol. 9, núm. 1, 35-49.
- BOELE-WOELKI, K. (2005). The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*, Vol. 1, núm. 2, 160-168.
- BOELE-WOELKI, K.; DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (eds.) (2014). *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*. Cambridge: Intersentia.
- BRADLEY, D. (2003): A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 65-104)
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2003). Un derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace. En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 47-106.
- (2003a). ¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte. En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 1185-1234.
- DE OLIVEIRA, G. (2000). Een Europees familienrecht?, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2000, 272-277.
- DETHLOFF, N. (2003). Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 37-64.
- (2004): Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2004, 544-568.
- DORENBERG, K. (1968). *Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht*. Berlín: Duncker & Humblot.
- DROBNIG, U. (1997). Scope and General Rules of a European Civil Code. *European Review of Private Law*, Vol. 5, núm. 4, 489-496.
- FOSAR BENLLOCH, E. (1972). La derogación del antiguo artículo 321 del Código Civil por Ley 31/72 de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia español. *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV-IV, 1159-1204.
- FOYER, J. (1978). The Reform of Family Law in France. En: A. Chloros (ed.). *The Reform of Family Law in Europe*. Deventer: Kluwer, 75-109.
- FRIEDMANN, W. (1959). *Law in a Changing Society*, California: University of California Press of Berkeley and Los Angeles.
- GARCÍA CANTERO, G. (2003). ¿Derecho de familia europeo? En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 1175-1184.
- HONDIUS, E. (2003). Towards a European *Ius Commune*; The Current Situation in Other Fields of Private Law. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 118-139.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, M. (2003). Unification of International Family Law in Europe - A Critical Perspective. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 194-216.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2010). El camino hacia un Derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final?, *Actualidad Civil*, núm. 11/2010, 1223-1271.

- KAHN-FREUND, O. (1978). Common Law and Civil Law - Imaginary and Real Obstacles to Assimilation. En: M. Cappelletti (ed.). *New Perspectives for a Common Law in Europe*, Leiden: Sijthoff, 137-168.
- KERAMEUS, K. (1997). Problems of Drafting a European Civil Code. *European Review of Private Law*, Vol. 5, núm. 4, 475-482.
- KOOPMANS, J. (1992). Towards a New 'Ius Commune'. En: B. De Witte y U. Forder (eds.). *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer: Kluwer, 43-53.
- LANDO, O. (2006). Can Europe Build Unity of Civil Law Whilst Respecting Diversity?, *Europa e diritto privato*, núm. 1/2006, 1-18.
- LASARTE, C. (2017). *Derecho de Familia*. T. VI de *Principios de Derecho Civil*. 16.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- LEGRAND, P. (1996). European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, núm. 1, 52-81.
- (1996a). Sens et non sens d'un code civil européen, *Revue Internationale de Droit Comparé*, T. 48-4, 779-812.
- (1999). *Fragments on Law-as-Culture*. Deventer: Tjeenk Willink.
- LHOEST, B. (2016). The Harmonization of European Family Law: Work in Progress. *Peace Palace Library*. La Haya.
- LUND-ANDERSEN, I. (2007). Approximation of Nordic Family Law within the Framework of Nordic Cooperation. En: M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Ambers-Oxford: Intersentia, 51-61.
- MARTINY, D. (1995). Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 59, 419-453.
- (2004). Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable? En: A. Hartkamp et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed. Nimega: Kluwer Law International, 307-333.
- MERRYMAN, J. (1978). On the Convergence (and Divergence) of Civil Law and Common Law. En: M. Cappelletti (ed.). *New Perspectives for a Common Law in Europe*. Leiden: Sijthoff, 195-233.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. (2007). Towards a Uniform European Family Law? A Political Approach. En M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Ambers-Oxford: Intersentia, 271-281.
- MÜLLER-FREIENFELS, W. (1968). The Unification of Family Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, núm. 1/2, 175-218.
- ÖRÜCÜ, E. (2009). Family Law. En: M. Bussani y F. Werro (eds.). *European Private Law: A Handbook*. Vol. I. Berna: Stämpfli, Bruylant, Carolina Academic Press, Sakkoulas, 515-554).
- PINTENS, W. (2003). Europeanisation of Family Law. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Ambers-Oxford-Nueva York: Intersentia, 3-33.
- SCHULZE, R. (2015). Perspectiva comparada de la codificación en Europa. En: E. Roca Trías (dir.) y M. C. Cazorla González-Serrano (coord.). *Codificaciones del Derecho Privado en el s. XXI*. Madrid: Civitas, 163-187.
- (2017). *Ciencia jurídica y unificación del Derecho Privado Europeo*. Santiago de Chile: Olejnik.

VERSCHRAEGEN, B. (1994): *Gleichgeschlechtliche «Ehen»*. Viena: Medien und Recht.
ZIMMERMANN, R. (2004): Roman Law and European Legal Unity. En: A. Hartkamp
et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed. Nimega: Kluwer Law Inter-
national, 21-42.

NOTAS

¹ Respecto de la posible unificación del Derecho de Sucesiones en Europa, *vid.* el exhaustivo trabajo de CÁMARA LAPUENTE (2003a).

² Sobre el proceso de armonización europeo en materia de Derecho de obligaciones y contratos *vid.*, entre otros ALFARO ÁGUILA-REAL (2003), CÁMARA LAPUENTE (2003), HONDIUS (2003), JIMÉNEZ MUÑOZ (2010) y SCHULZE (2015 y 2017).

³ El debate sobre la convergencia del Derecho de Familia en Europa es también destacado por ANTOKOLSKAIA (2007, 1).

⁴ En esa línea contraria, en una posición un tanto radical, P. LEGRAND (1996, 61-62) afirmaba que «legal systems (...) have not been converging, are not converging and will not be converging», hasta el punto de considerar la unificación del Derecho Civil como una forma de *imperialismo cultural* (1996a, 811). También de modo contrario, aunque en posiciones menos extremas (por ejemplo, a favor de la armonización del Derecho Privado pero excluyendo de ella el Derecho de Familia), se han pronunciado otros autores, como ALPA (2000, 326), BASEDOW (2001, 35-37), DROBNIG (1997, 493), KERAMEUS (1997, 479), KOOPMANS (1992, 50), MARTINY (2004, 315 y 318; que entiende que bastaría con las normas de conflicto de leyes) o VERSCHRAEGEN (1994, 25).

En cambio, ya en 1978 J. FOYER (1978, 75) ponía de manifiesto que el «clásico aforismo» del Derecho comparado sobre la idiosincrasia nacional del Derecho de Familia frente a la tendencia del Derecho de propiedad y obligaciones hacia la homogeneidad estaba perdiendo validez en la medida en que los Derechos de la mayoría de los países occidentales tendían a converger hacia un modelo uniforme. Es más, autores con una posición inicialmente contraria a esta armonización, como MARTINY (1995, 419-453), actualmente siguen una posición favorable —aunque matizada— a la misma (como en 2004, 307).

Para ANTOKOLSKAIA (2007, 2-3), realmente esta diferencia de opiniones es fácil de explicar: la historia del Derecho de Familia en Europa incluye períodos de clara tendencia hacia la divergencia junto a períodos en que la divergencia es dominante, y por tanto la mera elección del período de investigación puede ser decisiva para las propias conclusiones, aunque a veces los mismos ejemplos históricos son utilizados por ambas posiciones en apoyo de sus conclusiones opuestas, lo que pondría de manifiesto que el resultado dependería de lo que se estuviera buscando, de modo similar al argumento de si un vaso está medio lleno o medio vacío.

⁵ En relación con el Derecho de Sucesiones, volvemos a referirnos a CÁMARA LAPUENTE (2003a, 1186-1191).

⁶ *Vid.* STJUE *Bosman*, de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93.

⁷ Así, ya en la STJUE *Konstantinidis*, de 3 de marzo de 1993, as. C-168/91, se puso de manifiesto que las normas sobre el estado civil pueden incidir en el ámbito de las libertades básicas, como la libertad de establecimiento, y provocar discriminaciones.

⁸ La expresión *limping family-law relations* es empleada por DETHLOFF (2003, 44), que a su vez la toma de DORENBERG (1968, 15 sigs.).

⁹ Artículos 61.c), 65 y 67. Actualmente, artículos 67.4 y 81 TFUE.

¹⁰ Antiguo artículo 65 TCE.

¹¹ Doc. 13017/01 JUSTCIV 129. Este documento, que sirvió como uno de los puntos de partida del proceso de armonización en el Derecho europeo de obligaciones, también menciona expresamente al Derecho de Familia [apdos. 3, 19, 20 y 21.f]»: tras constatar que se trata de

áreas del Derecho Privado en las que no pueden aplicarse consideraciones económicas pero en que el principio de la libre circulación de las personas y el deseo de crear una genuina área de libertad, seguridad y justicia proporcionan una justificación alternativa para la introducción de medidas en ellas, y que su armonización se enfrenta con dificultades dado que estas áreas están fuertemente influenciadas por la cultura y tradiciones de los ordenamientos nacionales (e incluso regionales), y que la eliminación de obstáculos a la libre circulación de las personas dentro del mercado interior inevitablemente crea una interacción entre el Derecho de Familia y otras normas comunitarias, debiendo ser identificadas las necesidades en materia del Derecho de Familia, «invita a la Comisión a que emprenda un estudio que permita determinar las divergencias entre los Derechos nacionales que, en materia de Derecho de familia, puedan menoscabar el principio de libre circulación de personas».

¹² Que, tras indicar que «es preciso proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con la diferencia de los sistemas jurídicos», mencionan específicamente la armonización del Derecho de Familia (apdo. 45).

¹³ La posición más radical en esta línea sería la de LEGRAND (1999).

¹⁴ Vid. los autores *cits. supra* en la nota 4. Son especialmente expresivas las palabras del padre de uno de los primeros intentos de armonización del Derecho Privado, O. LANDO (2006, 8): «*I thought that there could never be any rapprochement of family laws and notably not in the laws of divorce. The more the laws are linked to persons and passions, I thought, the more they would differ and remain different*».

¹⁵ Vid. *supra* la nota 11.

¹⁶ También destaca que se han exagerado los factores particularistas MARTINY (2004, 317).

¹⁷ Así, PINTENS (2003, 8) indica que no se produjo un shock cultural en Bélgica en 1987 cuando se abandonó el principio del reconocimiento por el de *mater semper certa est* en relación con los hijos extramatrimoniales; o cuando en 1976 Suiza, hasta ese momento un país bastante conservador, cambió su sistema de filiación por uno de los más progresistas de Europa. Cfr. igualmente BRADLEY (2003, 70).

¹⁸ Así, recordemos que el artículo 321 del Código Civil establecía, en la línea del artículo 277 del Proyecto de 1851 y 287 del de 1882 y hasta su reforma por la Ley 31/1972, de 22 de julio, que «a pesar de lo dispuesto en el artículo anterior (referente a los efectos de la mayoría de edad), las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas».

¹⁹ Lo mismo indicaba respecto de España E. FOSAR BENLLOCH (1972, 1160): «El Derecho familiar español está en crisis. La vestidura jurídica que la familia española se endosó en la penúltima década del Siglo XIX, pese a algunos zurcidos y reparaciones de detalles, estalla por todas sus costuras y no pueda seguir regulando con justicia las relaciones familiares de una sociedad en agudo proceso de cambio».

²⁰ Sobre esta armonización de los Derechos de Familia nórdicos, vid. LUND-ANDERSEN (2007, 51-61): sus inicios pueden remontarse a 1872, aunque comienza efectivamente en 1909, y abarca tanto un aspecto académico como otro político, en el que ha desempeñado un importante papel la creación de instituciones comunes como el Consejo Nórdico y el Consejo Nórdico de Ministros.

²¹ La madre está obligada al reconocimiento del hijo, en base al principio *mater semper certa est*, pero además puede denunciar la identidad del padre que se ha desentendido del hijo, incluso en vía administrativa, y una vez identificado este, deberá cumplir las obligaciones paternales legales sin poder ejercer en cambio los derechos derivadas de la patria potestad, que se otorga en exclusiva a la madre.

²² Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, contiene varias regulaciones de Derecho de Familia sustantivo, estableciendo como principio rector el del interés superior del niño, que habrá de tener consideración primordial en todas las acciones concernientes a los niños (art. 3.1). De esta

Convención pueden derivarse principios como el de no discriminación de los hijos o la responsabilidad parental conjunta, influyendo de este modo en el desarrollo de un Derecho sustantivo uniforme. Cfr. MARTINY (2004, 311).

²³ En este ámbito destacan tanto el propio Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (cuyo art. 8 impone el respeto a la vida privada y familiar, el artículo 12 reconoce el derecho a contraer matrimonio o el 14 prohíbe la discriminación de los hijos extramatrimoniales) como otros, como el Convenio Europeo sobre adopción de niños, hecho en Estrasburgo el 24 de abril de 1967 (del que España no es parte); el Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los hijos nacidos fuera del matrimonio, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 (del que España tampoco es parte); el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980; el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (de momento, ratificado únicamente por Alemania y Grecia); el Convenio Europeo relativo a los contactos con los hijos, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 (del que España no es parte); o el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Asimismo, son importantes algunas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria y resoluciones del Comité de Ministros.

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, entre otras, las sentencias de los casos *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, as. 6833/74 (el Derecho belga discriminaba a los hijos extramatrimoniales en su filiación y derechos hereditarios); *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986, as. 9697/82 (el Derecho irlandés no garantizaba el respeto a la vida familiar de los niños nacidos fuera del matrimonio); *Olsson c. Suecia (Olsson I)*, de 24 de marzo de 1988, as. 10465/83 (el acogimiento familiar ha de ser coherente con el fin último de la posibilidad de reunión familiar, y debe concluir tan pronto lo permitan las circunstancias); *Olsson c. Suecia (Olsson II)*, de 27 de noviembre de 1992, as. 13441/87 (las restricciones de acceso de los padres a los hijos han de poder ser recurribles judicialmente); *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, as. 16969/90 (que rechaza la adopción de un niño iniciada por la madre sin conocimiento ni consentimiento del padre biológico), o el reciente *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017, as. 26431/12 (respecto del matrimonio homosexual). No obstante, sobre algunas materias el Tribunal ha mantenido una jurisprudencia vacilante, y así, mientras que consideró que era inadmisibile el rechazo a conceder la custodia a un hombre homosexual que vivía con otro hombre sobre la base del interés del niño a crecer en un medio familiar tradicional (caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, as. 33290/96), ha mantenido lo contrario respecto del rechazo a una adopción sobre la base de la homosexualidad del adoptante (caso *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, as. 36515/97). Sobre la influencia de la jurisprudencia del TEDH, *vid.* MEULDERS-KLEIN, 2007, 275-277; y PINTENS, 2003, 17-20.

²⁵ Que ha vinculado determinados aspectos del Derecho de Familia con la libertad de circulación. *Vid.* por ejemplo, entre otras, las sentencias de los casos *Konstantinidis*, de 3 de marzo de 1993, as. C-168/91 (obligación del uso profesional de una determinada forma del nombre); *Dafeki*, de 2 de noviembre de 1997, as. C-336/94 (deber de los Estados miembros de reconocer las certificaciones de estado civil expedidas por otros Estados miembros a menos que en el caso concreto haya dudas de su corrección); y *P.*, de 4 de abril de 1996, as. C-13/94 (que, respecto del despido de un transexual tras su reasignación de sexo, considera que la prohibición de discriminación sexual de los trabajadores no se refiere únicamente a hombres y mujeres sino que incluye toda discriminación por razón de sexo). Respecto del papel del TJUE en el impulso de la armonización del Derecho de Familia, *vid.* PINTENS, 2003, 20-22.

²⁶ *Vid.* el artículo 39 CE.

²⁷ Así, en el Derecho romano ya existía la figura del *concubinatus* como unión estable entre personas libres sin la *maritalis affectio*, figura ampliamente utilizada en época imperial por senadores y soldados, como consecuencia de las leyes matrimoniales de Augusto (*Lex*

Iulia et Papia Poppaea y *Lex Iulia de Adulteriis*), que prohibían el matrimonio con personas de rango social inferior y el de los soldados mientras estuvieran cumpliendo el servicio militar. Los emperadores cristianos intentaron mitigar su influencia, por ejemplo potenciando su conversión en un matrimonio legítimo, si bien terminaron por configurarlo como una especie de matrimonio de segunda categoría (D. 25,7,3, pr.: Marcian. 12 inst.). No será hasta cuando se note el influjo del Derecho canónico cuando se elimine el reconocimiento del concubinato, en Oriente por León VI el Filósofo (837) y en Occidente hacia el siglo XI, aunque durante buena parte de la Edad Media se mantuvieron vigentes figuras similares, como pone de manifiesto la regulación de la *barraganía* en las Partidas (Tít. 14, Partícúlo 4), si bien desde el Concilio de Valladolid de 1228 se intentaron suprimir las barraganías, especialmente del clero, aunque aparentemente sin mucho éxito dadas las reiteradas providencias a tal fin en varios ordenamientos de Cortes de los siglos XIII a XV.

²⁸ Capítúlo *Tametsi* de la Sesión XXIV del Concilio de Trento, al que Felipe II otorgó el carácter de Ley del Estado por Real Cédula de 12 de julio de 1564, imponiendo el matrimonio religioso como único válido.

²⁹ Pero sin indicar cómo debía ser esa presencia, lo que motivó que en base a diversas interpretaciones (al tratarse de una norma inhabilitante, debía interpretarse restrictivamente: *odiosa sunt restringenda*) se consagrara el denominado «matrimonio por sorpresa», en que se *sorprendía* al párroco como testigo cualificado con la declaración de los contrayentes ante otros dos testigos que llevan consigo (así, *vid.* el argumento de la famosa novela de MANZONI *I promessi sposi*).

³⁰ No obstante, se contemplaban algunos efectos reflejos del concubinato, y así el artículo 340 del *Code* establecía hasta su reforma por la Ley de 8 de enero de 1993 que la paternidad extramatrimonial podía ser constatada judicialmente, entre otros casos, «*dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues*».

³¹ La Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994 (A3-0028/94; DOCE C61, 28-2-1994) ha jugado un importante papel en esta aproximación, pues considera abusivo que algunos ordenamientos jurídicos ni permitan a las parejas homosexuales casarse ni les provean de una institución similar.

³² Incluso la propia calificación de *more uxorio* que doctrinalmente se adjudica a este tipo de convivencia es reveladora de la *contemplatio matrimonii* que preside el tratamiento legal de las parejas de hecho.

³³ Como pone de manifiesto GARCÍA CANTERO, 2003, 1181.

³⁴ Así las leyes danesa de 1989 (en Groenlandia desde 1996), noruega de 1993, sueca de 1995 e islandesa de 1996. En cambio, Finlandia no regulará esta materia hasta 2002.

³⁵ Artículos 515-1 a 515-7-1 del *Code Civil*.

³⁶ Artículo 515-8.

³⁷ Así, podemos recordar las declaraciones parciales de inconstitucionalidad realizadas por las SSTC 81/2013, de 11 de abril, sobre la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral (navarra) 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; y 110/2016, de 9 de junio, sobre la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.

³⁸ *Vid.* las leyes de parejas de hecho de Aragón, Cantabria, Cataluña, Navarra y País Vasco.

³⁹ Destaca aquí la *Gleichberechtigungsgesetz* de la República Federal de Alemania, de 1954.

⁴⁰ Así, también ANTOKOLSKAIA, 2007a, 12-15.

⁴¹ Así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO (2003, 1183) critica la pluralidad de formas legales de relación sexual o el actual enfoque de las técnicas de reproducción asistida, cuyo efecto es «echar por la borda principios fundamentales del Derecho de filiación, trabajosamente adquiridos y que solo ahora estaban empezando a dar sus frutos», como el principio de veracidad biológica, propugnando la utilización de la técnica de la adopción previa a la concepción.

⁴² Para una visión general de los principales regímenes económico-matrimoniales en Europa y en España, *vid.* LASARTE, 2017, 147-148.

⁴³ *Vid.* BOELE-WOELKI, 2012, 33-47.

⁴⁴ Para un estudio comparativo sobre determinadas materias del Derecho de Familia en Europa, *cfr.* MARTINY, 2004, 320-325; y ÖRÜCÜ, 2009, 525-550.

⁴⁵ Actualmente 16 Estados miembros: Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía, Eslovenia y España; y a partir de febrero de 2018 también Estonia.

⁴⁶ Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Eslovenia, España y Suecia.

⁴⁷ Sobre la CEFL, *vid.* ANTOKOLSKAIA, 2007, 4-5, y MARTINY, 2004, 317; y sobre todo BOELE-WOELKI, 2005, 160-168, y PINTENS, 2003, 29-33. Asimismo, su página web <http://ceflonline.net/>.

⁴⁸ Sobre el *Common Core of European Private Law*, *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, en especial 1236-1237.

⁴⁹ Los grupos son los relacionados con los volúmenes *Duties Of Care And Duties Of Cash In Family, Personal Injury Compensation, Set-Off, Time-Limited Interests In Land, Unexpected Circumstances, Boundaries to Information Property, Causation In European Tort Law, Condominium, Immoral Contracts In Europe, Interpretation of Contracts in European Private Law, Moral Damages in European Contract Law, Product Liability, Protection of Immovables, Remedies in Contract Law, Security Rights in Immovable Property y Transfer of immoveable Property*, si bien los grupos y sus denominaciones relativas han ido evolucionando y variando con el tiempo.

⁵⁰ Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adoptó esta denominación con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, siendo su denominación anterior la de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por ello, dadas sus fechas, la abreviatura empleada para esas sentencias es la de STJCE.

*(Trabajo recibido el 19-3-2018 y aceptado
para su publicación el 18-5-2018)*

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 21-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2.

PROHIBICIÓN DE DISPONER: INTERPRETACIÓN ESTRICTA.

La única cuestión que se debate en este expediente es si la prohibición de «vender» impuesta en testamento a quienes adquirieron determinada finca como legatarios (sobrinos de la testadora) impide o no donar dicha finca a otras personas.

Las limitaciones a las facultades dispositivas sobre un objeto deben ser objeto de interpretación estricta. En el presente supuesto, como en general en toda prohibición de disposición (absoluta o no) constituida a título gratuito por el testador o donante, se hace preciso analizar otros elementos. El primero es la justa causa. Se indica en la calificación que la causa lícita es que durante una generación el inmueble permanezca en la familia. Esta justificación lícita, en el concepto dominical del Código Civil, sin embargo puede chocar con otros elementos o aspectos. Ante esta situación difícilmente puede entenderse que la prohibición de «vender» impida la extinción del condominio, de común acuerdo o en pública subasta, en los términos de los artículos 400 y 401 del Código Civil —aunque ahora no se prejuzgue— o la posibilidad de renuncia abdicativa que uno o todos los legatarios pudieran hacer de su cuota de propiedad.

Debe prevalecer la interpretación literal de la prohibición de venta, toda vez 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 la preocupación del notario autorizante debe ser que la redacción se ajuste a la voluntad del testador, en estilo preciso y observando la propiedad en el lenguaje. Por todas las razones expuestas, no puede prevalecer la interpretación presunta de la voluntad del causante que realiza el registrador en su nota, debiendo considerarse por el contrario que la prohibición inscrita es de carácter limitado y relativo, por lo que no debe extenderse a supuestos no previstos en su tenor.

Resolución de 21-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de Manzanares.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georeferenciada de la finca que complete su descripción literaria. Es correcta la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

Como interpreta 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.

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. En esta línea el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, al regular el procedimiento registral para la inscripción de la representación gráfica georeferenciada de la finca y su coordinación con el Catastro, dispone que «a la vista de las alegaciones efectuadas, el Registrador decidirá motivadamente según su prudente criterio, sin que la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes determine necesariamente la denegación de la inscripción». En cuanto a la alegación del recurrente relativa a la falta de acreditación ante la registradora de la condición de titular quien se opone, corresponde al registrador valorar la legitimación del mismo para intervenir en el procedimiento.

Por otra parte, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, y aunque no con el detalle que sería deseable, resultan identificadas y fundamentadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes.

Resolución de 21-3-2018
(BOE 6-4-2018)
Registro de la Propiedad de Zafra.

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA GEORREFERENCIADA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria en su redacción otorgada por la Ley 13/2015 configura la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de las fincas con carácter preceptivo, en 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.

La segregación o división (vid. resoluciones de 23 de julio de 2012 y 2 de abril de 2014), son actos jurídicos de carácter estrictamente registral y, por tanto, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro, aunque el otorgamiento de aquella se haya producido bajo un régimen normativo anterior.

La falta de correspondencia de la representación gráfica aportada relativa a esta porción restante con la descripción de resto (según el título y considerando la manifestación sobre la expropiación) impide su incorporación al folio registral sin la previa tramitación del correspondiente procedimiento rectificativo (arts. 9.b), 199 y 201 de la Ley Hipotecaria).

Como ha señalado este Centro Directivo en las resoluciones de 7 de julio y 2 de septiembre de 2016 o 7 de septiembre de 2017, debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario, en el que se permite que accedan en diferente momento temporal segregaciones de múltiples porciones, que se han podido formalizar en diversos títulos, así como cuando se pretenda la inscripción de negocios realizados sobre el resto de una finca, existiendo pendiente de acceder al Registro otras operaciones de segregación. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento. Además, como ya señaló este Centro Directivo (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos» y que alega el recurrente), no constituye defecto el que la finca matriz no tenga la misma superficie en el Registro, pues el único obstáculo que, respecto de la superficie, puede existir en una segregación, sería que no existiera en el Registro superficie suficiente para segregar o que no estuviera identificada dicha matriz, lo que no sucede en este caso.

En cuanto a la falta de coincidencia del paraje o lugar de situación, debe considerarse que en el título se incorporan dos certificaciones administrativas de distintos órganos en las que se relaciona la finca registral, identificada por su número, con las parcelas catastrales en cuestión en las que figura dicho paraje.

Resolución de 22-3-2018
(BOE 6-4-2018)
Registro de la Propiedad de Barbate.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA EN ANDALUCÍA: SUPUESTOS ASIMILADOS.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda»

(sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo, fundamento jurídico 5, y 164/2001, de 11 de julio, fundamento jurídico 4), lo que en el caso de la Comunidad de Andalucía se plasma en el ejercicio de su potestad legislativa mediante la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Como ha reconocido esta Dirección General, en línea con la doctrina jurisprudencial (cfr. resoluciones de 10 de septiembre de 2015, 12 de julio de 2016 y 6 de septiembre y 12 de diciembre de 2017), una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual. En esta línea, en el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. En particular, en el marco de la legislación urbanística andaluza el artículo 66 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía. La ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos.

La Ley 6/2016, recoge la disposición adicional decimoquinta, para establecer el régimen complementario del reconocimiento de asimilación al régimen de fuera de ordenación aplicable a las edificaciones aisladas de uso residencial situadas en una parcelación urbanística en suelo no urbanizable para las que haya transcurrido la limitación temporal del artículo 185.1 y en las que concurren los requisitos previstos en el artículo 183.3, que se regirá por lo previsto en el Decreto 2/2012, de 10 de enero, con particularidades que se señalan, como que dicho reconocimiento comprenderá a la edificación y a la parcela sobre la que se ubica, cuya superficie, en el supuesto de dos o más edificaciones en una misma parcela registral o, en su defecto, catastral, coincidirá con las lindes existentes; además, la declaración de asimilación al régimen de fuera de ordenación surtirá los efectos de la licencia urbanística exigida por el artículo 25.1.b) de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, y quedará sujeta a la caducidad prevista para las licencias de parcelación o declaraciones de innecesariedad en el artículo 66 de la presente ley, debiendo constar reflejados estos extremos en la misma declaración de reconocimiento de asimilación al régimen de fuera de ordenación.

De la doctrina de este Centro Directivo puede concluirse que, a la hora de analizar el tratamiento de actos o negocios jurídicos que, sin constituir formalmente división o segregación, pueden presentar indicios de parcelación urbanística o

formación de núcleo poblacional al margen del planeamiento, este Centro Directivo ha entendido que dichos actos se someterán al previo requisito registral de acreditación de licencia o declaración de innecesariedad —artículo 78 del Real Decreto 1093/1997 en relación al artículo 26 de la Ley de Suelo— cuando la legislación sustantiva aplicable equipare expresamente el acto en cuestión a la parcelación en sentido estricto sometida a dichos títulos administrativos; mas, en otro caso, el tratamiento del mismo desde el punto de vista registral debe articularse a través del procedimiento previsto en el artículo 79 del citado Real Decreto de 4 de julio de 1997, siempre y cuando el registrador de forma motivada en su nota de calificación exponga los indicios que, de acuerdo también con la normativa aplicable, puedan justificar la aplicación de tal precepto.

En el presente expediente es objeto de transmisión una participación indivisa ya inscrita, si bien se realiza en favor de dos personas que adquieren pro indiviso y por partes iguales. Se acompaña certificación de innecesariedad de licencia de segregación emitida por el Ayuntamiento de Barbate, en la que se hace constar que la referida participación indivisa ya fue objeto de transmisión sin que por esa Administración se hubiera realizado actuación alguna, y sin que, por caducidad, puedan ya adoptarse válidamente medida alguna de protección de la legalidad urbanística y restablecimiento del orden jurídico perturbado, ni de la transmisión proyectada resulte actuación divisoria alguna, por lo que resuelve la declaración de innecesariedad. No coincidiendo el acto objeto de la declaración de innecesariedad con el concreto negocio jurídico objeto de inscripción, que resulta legalmente equiparado a la parcelación, no puede entenderse cumplido el requisito de previa acreditación de declaración de innecesariedad conforme al artículo 78 del Real Decreto 1093/1997, en relación con los artículos 66 de la Ley urbanística de Andalucía y 8 del Reglamento de Disciplina, sin que quepa por ello hacer valoración alguna respecto a la teoría de los actos propios invocada por el recurrente, a salvo las alegaciones que pueda formular ante el órgano administrativo competente.

Resolución de 22-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de Guadarrama-Alpedrete.

EXPEDIENTE JUDICIAL DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO INTERRUMPIDO: TRÁMITES ESENCIALES

La correcta citación a titulares registrales es objeto de calificación por el registrador, pues resulta una exigencia que no solo deriva, en el caso del titular registral, de los artículos 20 de la Ley Hipotecaria y 24 de la Constitución Española, sino específicamente, para titular registral, catastral y, en su caso, poseedor de hecho, de los artículos 201 y 202 de la Ley Hipotecaria. La necesaria y oportuna calificación registral de estos requisitos ha sido constantemente reiterada por este Centro Directivo.

En todo caso, el trámite más importante del expediente para la reanudación del tracto viene constituido por el llamamiento al procedimiento del titular registral anterior (o sus causahabientes), quien en el presente caso no consta ni siquiera que haya sido citado nominalmente, ni en forma personal, ni en forma edictal. Sobre la importancia del escrupuloso respeto y cumplimiento de los trámites previstos para el expediente de dominio para reanudar el tracto sucesivo

interrumpido, antes examinados, hay que recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que el auto recaído en este tipo de expedientes es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada.

Sobre la alegación del recurrente acerca de que, constando fallecido el titular, bastaría la notificación genérica a cuantos pudiera perjudicar el expediente, parece evidente que, con independencia de las consideraciones prácticas que puedan hacerse en torno a la citación del titular, el artículo 202 LH exige una citación a este «en debida forma», lo que en principio no puede entenderse comprendida en una citación genérica «a cuantas personas ignoradas pudiera perjudicar la inscripción». A dicha conclusión se llega también con la nueva regulación del procedimiento para la reanudación del tracto sucesivo interrumpido tras la Ley 13/2015, de 24 de junio.

Es cierto no obstante que, como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resolución de 10 de mayo de 2001 [reiterada en la de 6 de febrero de 2017]), no pueden pretender protección registral quienes no se han acogido a ella inscribiendo su adquisición, de modo que, en los casos en que resulte notorio el fallecimiento del titular registral por el lapso de tiempo transcurrido desde que se practicó la inscripción, podría ser desproporcionado exigir una citación sacramentalmente nominal a un titular registral ya inexistente y a unos causahabientes que no han tomado razón de su derecho. Ahora bien, esta forma de proceder en las notificaciones corresponde acordarla a la autoridad judicial a la vista de tales circunstancias, lo que deberá resultar del testimonio del auto para su calificación por el registrador, lo que no se aprecia en el caso de este expediente.

En cuanto al segundo defecto, se refiere a la omisión de la publicación en periódicos de mayor circulación a que se refiere el párrafo segundo de la regla 3.ª del artículo 201 de la Ley Hipotecaria. Esta Dirección General ya afirmó en la resolución de 11 de febrero de 1999, invocada por el recurrente, que «la publicación omitida no puede considerarse como un trámite esencial del procedimiento, cuestión que quizá pudiera discutirse si el expediente de dominio fuera para la inmatriculación de la finca, pero en ningún caso cuando tiene por objeto la reanudación del tracto sucesivo, pues en este último supuesto la citación personal y no oposición del titular registral es el trámite esencial que la calificación da por cumplimentado».

Resolución de 22-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS. BIENES PRIVATIVOS: ADQUIRIDOS POR RETRACTO PERTENECIENTE A UNO DE LOS CÓNYUGES.

Este Centro Directivo ha reiterado (cfr., por todas, las resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011, 5 y 20 de febrero y 27 de marzo de 2015 y 23 de febrero de 2018) que la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún

derecho. 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.

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. 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 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, 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.

A la vista de la documentación aportada en el momento de la calificación, debe tenerse en cuenta que uno de los supuestos que quedan excluidos de la aplicación de la regla general derivada de la presunción de ganancialidad (art. 1407 del Código Civil, vigente en el momento de la adquisición, análogo al actual art. 1361), se refiere a los bienes —privativos— que hayan sido adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno de los cónyuges (art. 1396.3.º vigente en ese momento, análogo al actual art. 1346.4.a), entendiéndose generalmente esa expresión como referible a cualesquiera supuestos de derechos de adquisición preferente, convencionales o legales, de preadquisición o de postadquisición, algo que supone una concreta aplicación del principio de subrogación real relacionado con el de accesión, puesto que el bien adquirido va a seguir la misma condición del derecho del que trae causa y que claramente se deriva de un bien privativo (vid. la resolución de esta Dirección General de 8 de mayo de 2008); como sucede en el presente caso con la finca adquirida del Estado como consecuencia de un derecho de adquisición privativo concedido legalmente a la arrendataria.

Resolución de 23-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de Inca, número 1.

INCAPACITADOS: INTERVENCIÓN DE UNA PERSONA MAYOR INCAPACITADA SEGÚN EL DERECHO ALEMÁN.

El objeto del recurso se refiere a la acreditación del cumplimiento de las normas sustantivas aplicables a la venta de inmuebles por parte de una persona de nacionalidad alemana, mayor de edad, que se encuentra bajo custodia legal

(«Betreuung») en base a la resolución del Tribunal de Incapacidades y Tutelas («Betreuungsgericht»).

La norma de conflicto no resulta del apartado 1 del artículo 9 del Código Civil, que conduce a la nacionalidad del representado, sino que está constituida por el apartado 6 de dicho artículo (en redacción dada por Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Conforme a esta, en lo que ahora interesa, la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por su residencia habitual. Ciertamente, hubiera sido deseable que el título calificado se hubiera detenido con mayor detalle en la determinación de la residencia habitual del representado, en cuanto elemento central de la determinación de la ley aplicable. No obstante, de las circunstancias concurrentes resulta que el adulto sujeto a tutela tiene residencia en Alemania. Por lo tanto, es necesario acudir a la ley alemana, constituida por el Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).

Actualmente no existen mecanismos que faciliten el conocimiento por parte de las autoridades de otro Estado europeo de las concretas medidas de protección que corresponden al adulto precisado de protección. Adicionalmente, los documentos públicos relativos a la incapacidad o medidas directamente dirigidas a la protección del patrimonio de personas adultas vulnerables no están incluidas en la lista de documentos públicos previstos en el Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016. Por ello, debe tenerse en cuenta el artículo 36 del Reglamento Hipotecario, que regula los medios de prueba del Derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto y que, como señala la resolución de esta Dirección General de 1 de marzo de 2005, resulta también extensible a la acreditación de la validez del acto realizado según la ley que resulte aplicable. En el presente caso, de la escritura calificada no resulta ningún juicio o valoración del notario autorizante sobre la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto escriturado, conforme a la legislación alemana aplicable.

Resolución de 23-3-2018
(BOE 6-4-2018)
Registro de la Propiedad de Zafra.

ANOTACIÓN DE EMBARGO: NO ES EXIGIBLE QUE CONSTE LA FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL QUE LO DECRETA.

Como ha declarado este Centro Directivo (cfr. resolución de 30 de octubre de 2012), en un supuesto en que la registradora alegaba que el recurso se había interpuesto fuera de plazo, en tal caso el recurso debería inadmitirse (si hubiera transcurrido el plazo legal de interposición computado desde la fecha de la notificación de la primera calificación, pero no desde la segunda) si del expediente no resultase que la nota reiterativa trae causa no en una nueva aportación del documento calificado en su día, sino de este junto con otro. Es decir, debería inadmitirse si la nota fuese efectivamente la misma, pero no es así. La segunda nota de calificación no podía ser la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanados los defectos a la vista de la nueva documentación aportada; pero sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento pre-

sentado para subsanar el apreciado en la primera nota. Contra esto de nada sirve alegar el artículo 323.2.o de la Ley Hipotecaria cuya aplicación debe limitarse al caso de nueva aportación («no presentación») del mismo documento «durante la vigencia del asiento de presentación sin haberse producido ninguna subsanación».

En el procedimiento de ejecución regulado en nuestra legislación procesal se dan diferentes pasos. En primer lugar, como señala el artículo 551.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma. Una vez despachada la ejecución, si el ejecutado no consignara la cantidad objeto de la misma, se procederá al embargo de sus bienes. Tratándose del embargo de bienes inmuebles, dispone el punto primero del artículo 629 de la misma ley que se librárá mandamiento para que se haga anotación preventiva de embargo en el Registro de la Propiedad. Estas actuaciones que va llevando a cabo el letrado de la Administración de Justicia adoptarán la forma de decreto o de diligencia de ordenación, que solo serán susceptibles de recurso de reposición ante el propio letrado o de revisión, no teniendo la interposición de dichos recursos efectos suspensivos (arts. 451.3 y 454 bis.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En consecuencia, la letra del artículo 165 del Reglamento Hipotecario ha de ser interpretada a la luz de lo que establece actualmente la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, si el único recurso procesal que puede interponerse frente a las resoluciones que han acordado el embargo cuya anotación se solicita, es un recurso que no produce efectos suspensivos, no puede exigirse la firmeza. Lo mismo ocurre cuando se trata de anotaciones preventivas que dan publicidad a medidas cautelares ordenadas por el juez de acuerdo con lo establecido en el Título VI del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil solo impone el requisito de la firmeza en sentido estricto para la práctica de inscripciones o de cancelaciones, pero no para las anotaciones preventivas.

Resolución de 23-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: VALOR.

Es evidente que la privación de la titularidad de una finca como consecuencia del cumplimiento forzoso de una resolución judicial, solo puede llevarse a cabo por los trámites del procedimiento de apremio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dicho procedimiento solo será reconocible si se respetan una serie de garantías básicas que impiden la indefensión del demandado que va 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 ejecutada. Si dichos límites no se respetan, no puede sostenerse que se ha seguido un procedimiento adecuado para provocar el sacrificio patrimonial del ejecutado, debiendo el registrador rechazar el acceso al Registro de la adjudicación, 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 del Código Civil).

Es cierto, como afirma la recurrente, que no puede apreciarse enriquecimiento injusto cuando se aplican normas jurídicas. Pero hay que entender que la correcta interpretación del 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es la que impide que la adjudicación se haga por un valor inferior al 50 % del valor de tasación, a menos que medien las garantías que resultan de la aplicación analógica del artículo 670.4. Por último, debe resaltarse que, aunque la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de abril de 2014 consideró que las disposiciones legales y reglamentarias de un Estado miembro, como las controvertidas en ese caso (art. 671 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), quedaban fuera del ámbito de protección de la Directiva 13/93 cuando no existe una cláusula contractual que modifique el alcance o el ámbito de aplicación de tales disposiciones, todas las reformas que se han introducido en los últimos años en la legislación procesal e hipotecaria española (en especial, las recogidas en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social) van en la línea de conseguir un mayor equilibrio en la posición de las partes en el procedimiento de ejecución hipotecaria. El acreedor, si estimaba que al tiempo de comenzar la ejecución se había producido una depreciación muy acusada de la finca respecto del valor de tasación fijado en la escritura, podía haber acudido para la ejecución de la hipoteca al procedimiento ordinario.

El 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 23-3-2018

(BOE 6-4-2018)

Registro de la Propiedad de Almonte.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO. PROPIEDAD HORIZONTAL: ACTOS COLECTIVOS Y LOS QUE EXIGEN EL CONSENTIMIENTO INDIVIDUAL DE LOS PROPIETARIOS.

Del escrito de recurso, resulta que se circunscribe el mismo al tercero de los defectos advertidos por el registrador en su nota de calificación, relativo a la ausencia de consentimiento de todos los propietarios, al referirse expresamente el recurrente al mismo antes de exponer los «Antecedentes de Hecho», sin que, por tanto, constituya el objeto de esta resolución el resto de defectos señalados ni puedan tomarse en consideración las alegaciones del recurrente basadas en motivos ajenos a los defectos manifestados por el registrador en su nota de calificación o en documentos no presentados en tiempo y forma (cfr. art. 326 de la Ley Hipotecaria). Tampoco procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación a documentos o situaciones que no se pusieron a disposición del registrador al tiempo de llevar a cabo su calificación. En cuanto a la pretensión de que se revise de oficio una inscripción ya practicada, es doctrina reiterada de esta Dirección General que solo puede ser objeto de recurso la nota de calificación negativa de los registradores, pero no los asientos ya practicados. En efecto, de conformidad con lo establecido en el párrafo tercero del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales, por lo que solo dichos tribunales pueden declarar la nulidad de un asiento.

Entrando en el único motivo de denegación objeto de este recurso, y consistiendo la rectificación pretendida en el cambio en la descripción de dos elementos privativos de un edificio dividido horizontalmente, conviene recordar la doctrina fijada por este Centro Directivo en su resolución de 19 de abril de 2007 y la más reciente de 17 de enero de 2018, el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 del Código Civil). No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso, local u otro departamento privativo) y la copropiedad sobre los elementos comunes, sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja.

La necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, la última por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17. Para decidir si un acuerdo como el debatido en el presente recurso entra o no en ese ámbito de competencias de la Junta como acto colectivo de la misma, cabe recordar que, conforme a la doctrina de esta Dirección General en materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. artículo 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del

derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes.

Atendiendo a las consideraciones anteriores, debe determinarse si la rectificación pretendida, cumple las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal, según la interpretación de esta Dirección General, y por ende, si es susceptible de inscripción. Y la respuesta ha de ser claramente negativa, debiendo confirmarse íntegramente la calificación del registrador puesto que ni el acuerdo ha sido adoptado por unanimidad ni consta el consentimiento expreso de uno de los titulares afectados por la modificación que se hace de su elemento privativo. Se pretende una alteración del régimen jurídico de los elementos comunes, lo que es materia que compete a la comunidad, exigiéndose unanimidad en tanto en cuanto tal alteración implica una modificación del título constitutivo y de los estatutos de conformidad. Pero es que, además, la rectificación solicitada conlleva, en última instancia, la modificación de la descripción de uno de los elementos privativos efectuada sin el consentimiento de su titular registral, afectando a su derecho de dominio y requiriéndose por tanto el consentimiento individualizado del propietario correspondiente, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro.

Resolución de 2-4-2018

(BOE 13-4-2018)

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 22.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EXTRANJERO: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 92 DEL RH.

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. Aunque el notario desconozca el contenido de la ley material extranjera reflejará debidamente en la comparecencia del instrumento público cuál ha de ser la norma aplicable a las relaciones patrimoniales entre cónyuges. En definitiva, no debe confundirse la falta de obligación de conocer el Derecho extranjero con el deber de determinar cuál es la legislación extranjera aplicable.

Esta oposición entre la exigencia legal de publicar en toda su extensión el derecho adquirido y las dificultades para determinar cuál ha de ser el régimen matrimonial legalmente aplicable ha sido cuestión de preocupación ya desde antiguo para nuestra jurisprudencia y para este Centro Directivo. A esta dificultad pretende dar respuesta el artículo 92 del Reglamento Hipotecario. No 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. 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.

En el presente caso, la registradora reconoce en su calificación que el régimen económico-matrimonial legal chino es de comunidad, si bien, por entender que la adquisición se realiza por los cónyuges con carácter privativo, exige que se acredite que se puede realizar dicha adquisición en el Derecho chino. Lo que ocurre es que, como aduce el recurrente, resulta inequívocamente de la escritura calificada que los adquirentes no atribuyen tal carácter privativo a sus respectivas cuotas adquiridas, por lo que ningún obstáculo existe para inscribirlas a nombre de cada uno de los cónyuges con sujeción a su régimen matrimonial, de modo que será en el ulterior momento de su enajenación —voluntaria o forzosa— cuando habría que acreditar si conforme al Derecho chino puede la misma realizarse sin consentimiento de ambos consortes.

Resolución de 2-4-2018

(BOE 13-4-2018)

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

REPARCELACIÓN URBANÍSTICA: RECTIFICACIÓN DE UNA REPARCELACIÓN YA INSCRITA.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificador de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal. Esta doctrina no supone desconocer que a la calificación de los actos y documentos administrativos, de modo coherente con su presunción de validez y eficacia y la propia potestad administrativa de autotutela.

Los preceptos de la Ley y del Reglamento Hipotecarios y la doctrina de esta Dirección General relativos a la rectificación del Registro parte del principio esencial de que los asientos registrales están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud. La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria. Es cierto, no obstante, que, del mismo modo que cabe la rectificación de actuaciones jurídico-reales por resolución de la Administración, aunque estén inscritas en virtud de título no administrativo, con no menor razón debe admitirse la rectificación de situaciones jurídicas reales inscritas en virtud de título administrativo —cfr. resolución de 30 de julio de 2015—, si en el correspondiente expediente, este, por nueva resolución de la Administración es

alterado. Manifestación concreta de esta posibilidad es la reflejada en el apartado 3 del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, en el que se contempla la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad «las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan que se ejecute».

Ciertamente, la complejidad del proceso urbanístico ha planteado la necesidad de alterar parcialmente el contenido de los títulos de equidistribución en numerosas ocasiones, bien de manera directa, bien a través de las denominadas operaciones jurídicas complementarias, reguladas en la legislación urbanística partiendo de la limitada normativa supletoria estatal, artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, constituyendo una figura eficaz para corregir errores o defectos del proyecto de reparcelación, con el límite de no presentar un alcance general o de modificación esencial, siendo necesaria la intervención del titular afectado y ordinariamente su consentimiento expresado en escritura pública o su conformidad derivada del expediente administrativo. Cuando se trate de variaciones de carácter sustancial en cuanto a ordenación, aprovechamiento urbanístico o reparto de beneficios y cargas, no merecedoras de aquella simple calificación, no cabe sino afirmar que deba ser subsanada mediante la elaboración de un nuevo, íntegro y distinto proyecto de reparcelación. No puede desconocerse tampoco que, en ocasiones, puede producirse una modificación del Proyecto tramitada a través de esta clase de operaciones que, por proceder de un mandato judicial con todas las garantías de defensa del afectado, resulte justificado su acceso registral, máxime, cuando la única forma de llevar a cabo la ejecución de la sentencia es por medio de esa operación jurídica complementaria en relación con un proyecto de equidistribución ya inscrito.

En el presente expediente la cuestión planteada se refiere los efectos registrales de la revisión de oficio de un Plan Parcial y Proyecto de Reparcelación acordada a través del procedimiento administrativo legalmente establecido, afectando únicamente a la situación jurídica y registral de una parcela. Es claro que nos encontramos ante el supuesto que prevé el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, esto es, el supuesto en que la inexactitud procediere de nulidad del título que hubiere motivado el asiento, nulidad que en este caso es parcial. No se trata, como parece entender el recurrente, de rectificar una determinación concreta del proyecto de reparcelación basado en el principio de subrogación real, cuya tramitación pudiera realizarse eventualmente a través de procedimiento administrativo ordinario y permitir incluso la alteración registral por respetar el contenido sustancial del proyecto, sino que se cuestiona la validez del propio título que sirve de causa de la atribución patrimonial inscrita, cuya consecuencia es la negación del dominio sobre la finca del actual titular registral, por nulidad de su adquisición, y el reconocimiento del mismo a favor del Ayuntamiento como dominio público y por título de cesión obligatoria impuesta «ex lege» con la aprobación del proyecto.

Debe afirmarse la improcedencia del procedimiento administrativo tramitado en este caso para desvirtuar la eficacia legitimadora del asiento, pues su rectificación requiere ajustarse a las reglas previstas en la Ley Hipotecaria para supuestos de nulidad del título que motiva el asiento, y en tales casos la rectificación precisa el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial. Debe concluirse que el alcance de la rectificación del contenido de los asientos registrales que se pretende es incongruente con el procedimiento administrativo seguido y su propia resolución, en relación con la situación registral existente,

lo que, como determina el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, entra dentro del ámbito de la calificación registral.

Resolución de 3-4-2018

(BOE 13-4-2018)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 1.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS.

Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. La publicidad ha de ser para finalidades de la institución registral como la investigación, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales. En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General que ha de ser conocido, directo y legítimo.

Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Ello no significa que el registrador pueda discrecionalmente manifestar el contenido de los asientos registrales, sino que queda bajo su responsabilidad la publicidad del contenido de los asientos. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular, ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento, sin perjuicio del derecho de aquel a ser informado, a su instancia, del nombre o de la denominación y domicilio de las personas físicas o jurídicas que han recabado información respecto a su persona o bienes. Por otro lado, también han de tenerse en cuenta las exigencias derivadas de la legislación de protección de datos.

Es decir, como ha señalado recientemente este Centro Directivo en su resolución de 14 de julio de 2016 y ha reiterado la de 23 de enero de 2018, se presume que ostentan la representación de las personas por cuyo encargo manifiestan actuar, pero sin que ello signifique que no deban especificar el interés legítimo que justifica la solicitud, interés que ha de ser calificado por el registrador. Como tiene declarado este Centro Directivo, la presunción del apartado 3 del artículo 332 del Reglamento Hipotecario a favor de determinados profesionales, les exime de acreditar el mandato recibido, pero no supone por sí sola una demostración o prueba de la existencia del interés legítimo.

Aplicadas las anteriores consideraciones al expediente que nos ocupa, en los términos en que se ha formulado no cabe mantener la calificación recurrida. Así, en cuanto a la exigencia de acreditación de la representación a favor del abogado que firma la solicitud (sobre cuya cualificación profesional aquí no se discute), hay que recordar que está dispensada expresamente por el artículo 323.3 del Reglamento Hipotecario antes citado. En cuanto a la exigencia de la concurrencia de un interés legítimo, y en relación con ello la necesidad de que la solicitud ha de estar motivada, aparece expresada en la solicitud dicha motivación en los siguientes términos: «investigación jurídico-económica sobre créditos, solvencia o responsabilidad», que como se ha indicado es una de las finalidades institu-

cionales del Registro de la Propiedad. En cuanto al defecto relativo a que la instancia presentada y calificada no se ajusta al modelo normalizado aprobado por la Dirección General de los Registros y del Notariado, carece de fundamento normativo para erigirse en motivo impediendo de la expedición de la publicidad solicitada, pues ni existe norma alguna en la legislación hipotecaria que imponga como requisito de forma inexcusable un determinado «modelo normalizado» en la solicitud de notas simples presentadas físicamente, ni existe tal modelo normalizado aprobado por este Centro Directivo. Cosa distinta es la previsión contenida en el apartado 1 del artículo 222 bis de la Ley Hipotecaria para el supuesto de peticiones de información por vía telemática. Finalmente, en cuanto a la exigencia de que la instancia ha de estar suscrita con firma legitimada notarialmente o firmada en la propia oficina del Registro, resulta aplicable la doctrina de las resoluciones de este Centro Directivo de 4 de julio de 2013 y 23 de enero de 2018, conforme a las cuales «la exigencia de identificación del instante no puede limitarse a los medios expresados (comparecencia física o legitimación notarial) sino que debe comprender cualquier otro que cumpla igualmente dicha finalidad ya sea realizada por medios físicos o telemáticos».

Resolución de 3-4-2018

(BOE 13-4-2018)

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: CESIÓN GRATUITA EN FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS. PLUSVALÍA MUNICIPAL: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 254.

El presente recurso tiene por objeto una escritura pública otorgada el día 9 de marzo de 2006 por la que el administrador de la sociedad mercantil «Hacienda El Almendro, S.A.», cedió unilateralmente y de forma gratuita determinada finca a una comunidad de propietarios de Benahavís.

En primer lugar, por lo que se refiere a la necesidad de aceptación formal y expresa de la cesión unilateral y gratuita del inmueble debatido (sin que la calificación de gratuita haya sido puesta en cuestión ni en la nota de calificación ni en el escrito del recurso, por lo que tampoco procede cuestionarla aquí *ex* artículo 326 de la Ley Hipotecaria), hay que señalar, como ya declaró este Centro Directivo en su resolución de 2 de noviembre de 2016 con apoyo en las allí citadas, que la necesidad de aceptación de las atribuciones singulares a título gratuito «inter vivos» constituye una regla lógica: sin el consentimiento del beneficiario de esa atribución no puede tener lugar el incremento patrimonial en que ese desplazamiento de bienes o derechos se traduce. En el caso de donaciones de bienes inmuebles, como sucede en este caso, se exige escritura pública tanto para la donación o cesión gratuita misma como para la aceptación (art. 633 del Código Civil). Esta exigencia de forma es requisito esencial, de validez («ad solemnitatem», «ad substantiam», «ad constitutionem», como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1995). Además, como ha recordado en numerosas ocasiones este Centro Directivo, en el ámbito de la legislación hipotecaria la regla general es la de que no se admiten los consentimientos tácitos ni presuntos, rigiendo la exigencia de acreditación fehaciente de los actos y negocios que pretenden su acceso al Registro (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria), exigencia que se extiende a todos los extremos del negocio que han de reflejarse

en el asiento (cfr. arts. 9 y 21 de la Ley Hipotecaria y resolución de 5 de marzo de 1999), sin que por tanto dicha prueba fehaciente pueda ser suplida por consentimientos presuntos.

Como señaló este Centro Directivo en su resolución de 19 de abril de 2007, el régimen de propiedad horizontal se caracteriza por la existencia de un único derecho de propiedad cuyo objeto es complejo: el piso, local o departamento privativo —es decir, un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente— y la participación inseparable en la titularidad de los elementos, pertenencias y servicios comunes del edificio (cfr. arts. 3 de la Ley sobre propiedad horizontal y 396 del Código Civil). No se trata de dos propiedades yuxtapuestas (la del piso, local u otro departamento privativo y la copropiedad sobre los elementos comunes), sino de un único derecho, de naturaleza especial y compleja.

La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo (15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981, 16 de octubre de 1992, 16 de febrero de 2000, 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 3 de marzo de 2008, 3 de julio de 2013 y 12 de febrero de 2016), extrayendo de ello su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de estas comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles. No por ello puede entenderse que actúa como una comunidad ordinaria de bienes sino que, como ya afirmó la resolución de 12 de febrero de 2016, se la debe considerar como un ente de proyección jurídica propia que actúa a través de su representante.

No obstante lo anterior en la actualidad debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, por el artículo 1.1 de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, permite no solo practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sino que admite que también sea titular registral «(...) cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquella, cuando este sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones». En el caso de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, debe resaltarse que son objeto de consideración unitaria a determinados efectos legales. Este Centro Directivo ha admitido excepcionalmente la existencia de casos de inscripciones o anotaciones transitorias, de mero puente, en favor de colectividades imperfectamente identificadas en su composición, pero plenamente articuladas para su funcionamiento y sin que por ello se resintieran los principios básicos de nuestro sistema registral.

En este sentido, este Centro Directivo ha admitido (cfr. resolución de 12 de febrero de 2016) el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación. La posterior resolución de 26 de julio de 2017 ha aclarado que dicha posibilidad se extiende a los casos en que la deuda no deriva de la obligación de pago de las cuotas de la propia comunidad, pudiendo tratarse de un crédito derivado de cualquier otro concepto. Ahora bien, esta inscripción a favor de

la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria, pues no constituye finalidad de las comunidades de propietarios en propiedad horizontal, ser titulares permanentes de bienes, por lo que debe reputarse como una situación de tránsito a su posterior transmisión, a su atribución a los copropietarios en proporción a sus cuotas o a su conversión en elemento común.

Por lo que se refiere al segundo defecto de la nota de calificación, relativo a no haberse acreditado la presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, tampoco puede acogerse favorablemente el recurso presentado, pues el argumento en que se funda, basado en que dicho requisito no es aplicable al presente caso por ser la escritura de cesión de 9 de marzo de 2006, anterior por tanto a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 16/2002, de 27 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 254 de la Ley Hipotecaria, no es correcto. Ello no implica una eventual aplicación retroactiva de normas actuales a hechos pretéritos, pues el curso del procedimiento registral se desarrolla bajo la vigencia de la nueva norma sobre requisitos de inscripción y esta misma se remite a la correspondiente normativa sustantiva (en este caso de naturaleza tributaria) que resulte de aplicación conforme a las normas transitorias particulares y principios generales del derecho intertemporal.

Resolución de 4-4-2018

(BOE 13-4-2018)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: SEGURO DECENAL.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo (véanse, entre otras, las resoluciones de 25 de marzo de 2011, 3 de julio de 2012, 13 de julio de 2015 y 23 de octubre de 2017), la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, tiene por objeto regular en sus aspectos esenciales el proceso de edificación. El seguro de daños o caución constituye una garantía con la que el legislador pretende tutelar a los adquirentes de viviendas frente a los daños materiales ocasionados por vicios o defectos de la construcción.

Esta Dirección General ya se ha pronunciado sobre la exigencia de contratación de garantías por daños resultantes de defectos constructivos que establece la Ley de Ordenación de la Edificación como requisito previo para que pueda procederse a la declaración e inscripción de obras nuevas consolidadas por razón de su antigüedad, o respecto de las cuales ya no puedan adoptarse medidas que impliquen su demolición (vid., por todas, la resolución de 23 de octubre de 2017). La inscripción de obras nuevas en los términos previstos en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, exceptúa la previa justificación de su adecuación a la legalidad urbanística, dado el mayor interés que, a juicio del legislador, tiene la publicidad registral de su existencia y la sujeción a los principios registrales de los derechos constituidos sobre las mismas. Dentro de dicho marco general de aplicación intertemporal, quedan excluidas de la exigencia de acreditar la contratación de garantías del artículo 19.1.c) de la Ley de Ordenación de la Edificación aquellas personas que declaren una obra que, al tiempo de la declaración, tenga más de diez años de antigüedad desde su terminación, pues

dicho plazo, el de diez años, es el de duración de las garantías exigidas por el citado artículo. Y dicho plazo ha de contarse desde la fecha de recepción de la obra, sin reservas, o desde la subsanación de estas.

Para el caso de que la declaración de la obra tenga menos de diez años de antigüedad desde su terminación, la disposición adicional segunda de la Ley 38/1999, después de su modificación por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, previene una excepción a la regla general de la obligatoriedad del seguro de caución antes referido, en «el supuesto del autopromotor individual de una única vivienda unifamiliar para uso propio». Como ha puesto de relieve esta Dirección General (vid., por todas, las resoluciones de 26 de agosto de 2011, 6 de marzo de 2015 y la misma resolución de 3 de julio de 2012 citada en la nota de calificación), al tiempo del otorgamiento de la declaración de la terminación de la obra, respecto del requisito del uso propio de la vivienda —en cuanto que se trata de acreditar un hecho futuro— bastará, a tal efecto, la explícita declaración del otorgante de la declaración de obra nueva siempre que no quede desvirtuada por ningún otro elemento documental contradictorio.

Resolución de 4-4-2018
(BOE 13-4-2018)
Registro de la Propiedad de Canjáyar.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA EL TITULAR REGISTRAL.

Se plantea en este recurso si es o no inscribible un testimonio de decreto de adjudicación de finca como consecuencia de la venta realizada en subasta pública, en procedimiento de ejecución de sentencia declarativa de fecha 3 julio de 2007 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Almería por la cual se acuerda la disolución de la comunidad existente sobre la finca 6.196 del Registro de la Propiedad de Canjáyar.

Debe tenerse en cuenta en primer lugar que, si bien la entidad mercantil «Proindivisos Inmobiliarios, S.L.» no resulta demanda en el procedimiento, sí que se desprende del documento judicial presentado a calificación que dicha sociedad intervino en el indicado procedimiento como parte actora, por lo que no puede ser mantenida en este extremo la calificación. Respecto de doña G. H. P., titular registral de un 50% de la finca, no resulta de la documentación aportada que la misma haya tenido intervención en el procedimiento. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (cfr. las sentencias citadas en los «Vistos»), que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra el que surge por el hecho de que no haya sido parte o no haya sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

Resolución de 10-4-2018
(BOE 25-4-2018)
Registro de la Propiedad de Zafra.

OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LAS COORDENADAS DE LA SUPERFICIE OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

La Resolución-Circular de 3 de noviembre de 2015 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la interpretación y aplicación de algunos extremos regulados en la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, señaló, en su apartado octavo, punto 1, que «cuando, conforme al artículo 202 de la Ley Hipotecaria, proceda inscribir la relación de coordenadas de referenciación geográfica de la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación, deberá constar inscrita, previa o simultáneamente, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique». Con carácter general, la obligada georreferenciación de la superficie ocupada por cualquier edificación, no requiere, desde el punto de vista procedimental, que se tramite un procedimiento jurídico especial con notificación y citaciones a colindantes y posibles terceros afectados, salvo que registrador en su calificación sí lo estimare preciso para disipar tales dudas fundadas acerca de que la edificación se encuentre efectivamente incluida en la finca sobre la que se declara.

Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resolución de 15 de junio de 2016 y 29 de septiembre de 2017), el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Además, resulta esencial para poder iniciar su tramitación que dicho titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con la finca de la que es titular y cuya inscripción se pretende.

En cuanto a las dudas que pudiera albergar la registradora sobre la correspondencia de la finca registral y las coordenadas aportadas, ello impediría la inscripción de la representación gráfica georreferenciada de la finca, como ha declarado reiteradamente esta Dirección General. 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.

Aun siendo clara e incondicionada la citada exigencia legal de georreferenciar la superficie ocupada por cualquier edificación cuya inscripción se pretenda, y la especial utilidad que tal exigencia pueda tener en casos de edificaciones «antiguas» o aparentemente «prescritas», también es cierto que, de entre todos los supuestos legales en los que la nueva ley exige georreferenciación (como por ejemplo ocurre también, conforme al artículo 9, con las divisiones, agrupaciones, reparcelaciones, etc.), este en concreto de las edificaciones es el que menor complejidad requiere para su cumplimiento y constancia registral, tanto desde el punto de vista técnico como desde el punto de vista procedimental. No necesita, en cambio, ser aportada necesariamente en el concreto formato GML.

Si bien las coordenadas de la porción de suelo ocupada por la edificación no suponen un supuesto de representación gráfica de la finca, es evidente que los efectos anudados a su constancia tabular y a su posterior comunicación al

Catastro en cumplimiento de la Resolución Conjunta de esta Dirección General y la Dirección General del Catastro de fecha 26 de octubre de 2015, publicada por resolución de la Subsecretaría de Justicia de 29 de octubre de 2015, conllevan la necesidad de que el ámbito de calificación en los supuestos de declaración de obra nueva se extienda también a la efectiva ubicación de la edificación declarada sobre la concreta finca registral objeto de las operaciones registrales correspondientes.

Resolución de 10-4-2018
(BOE 25-4-2018)
Registro de la Propiedad de Tarazona.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: IDENTIDAD DE LA DESCRIPCIÓN DE LA FINCA EN LOS DOS TÍTULOS.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria contempla como una de las circunstancias esenciales de la inscripción de la descripción de la finca objeto de la misma, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie incluyendo la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren. Estas circunstancias son reiteradas por el Reglamento Hipotecario, artículo 51, en sus reglas 2.^a y 3.^a. Para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados.

Tratándose el presente caso de una inmatriculación, la omisión no puede suplirse por la expresión de la referencia catastral de la finca como pretende el recurrente; y ello porque no existe aquí descripción registral alguna, por lo que resulta esencial que el título inmatriculador determine cuál es la descripción que debe acceder al Registro, la cual deberá cumplir con las exigencias indicadas en aplicación del principio de especialidad, conforme a los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento y, además, con lo prescrito en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Cuando el registrador ha de calificar si existe identidad en la descripción de la finca contenida en ambos títulos, la Ley, al utilizar la expresión «a su juicio» es claro que le está otorgando cierto margen de apreciación, o lo que es lo mismo, cierta flexibilidad en la apreciación de la identidad. Por ello es evidente que no puede existir —y así, exigirse— identidad plena y absoluta entre ambas descripciones, puesto que en ese caso no necesitaría juicio alguno por parte del registrador en su calificación. Por tanto, la fundamentación de una calificación negativa de tal identidad no podrá limitarse a la simple constatación de que exista alguna diferencia de superficie o de algún otro dato descriptivo de la finca entre ambos títulos, sino que habrá de expresar, y de modo motivado como toda calificación, que a juicio del registrador no existe la identidad exigida por la Ley, o que al menos, tiene dudas fundadas sobre ella.

Resolución de 11-4-2018
(BOE 25-4-2018)
Registro de la Propiedad de Málaga, número 8.

RECURSO GUBERNATIVO: ALCANCE DEL INFORME DEL REGISTRADOR.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo reiteradamente, el informe es un trámite en el que el registrador no puede añadir nuevos defectos no expresados

en su calificación (cfr. arts. 326 y 327 de la Ley Hipotecaria y las resoluciones de 14 de diciembre de 2010, 29 de febrero de 2012, 16 de septiembre de 2014 y 12 de diciembre de 2017). En el presente caso, la registradora admite los argumentos alegados por el recurrente, y cambia en su informe el defecto por otro no expresado en la nota de calificación.

Resolución de 11-4-2018

(BOE 25-4-2018)

Registro de la Propiedad de San Javier, número 2.

BIENES DE LAS ENTIDADES LOCALES: NECESIDAD DE SUBASTA PARA SU ENAJENACIÓN.

No obstante la ejecutividad y las presunciones de validez y eficacia de que legalmente están investidos los actos administrativos (arts. 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), el artículo 99 del Reglamento Hipotecario faculta al registrador para calificar, respecto de los documentos administrativos, entre otros extremos, la competencia del órgano, la congruencia de la resolución con el procedimiento seguido, los trámites e incidencias esenciales de este, así como la relación del mismo con el titular registral y los obstáculos que surjan del propio Registro. Se requiere, pues, que la omisión del procedimiento legalmente establecido o de un trámite esencial sea ostensible. La ostensibilidad requiere que la ausencia de procedimiento o trámite sea manifiesta y evidente sin necesidad de una particular interpretación jurídica.

La normativa aplicable a los procedimientos de enajenación de bienes municipales es compleja y plural. En ningún caso cabe aplicar el régimen de enajenación directa de la Ley 33/2003, de 3 de diciembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. De lo establecido en los artículos 80 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local y 112, párrafo segundo, del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que la subasta pública es la regla general en materia de enajenación de los bienes de las Corporaciones Locales y que la circunstancia de haber quedado desierta la subasta no está contemplada en las normas como excepción a esa regla general.

Resolución de 12-4-2018

(BOE 25-4-2018)

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: NATURALEZA Y ALCANCE. CONTROL DE LOS MEDIOS DE PAGO: REQUISITOS.

Como señala la citada sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2008, «el reconocimiento opera como un negocio jurídico de fijación o reproducción de otro anterior (SSTS de 24 de junio de 2004 y 31 de marzo de 2005), especialmente si se expresa la causa de aquel, pero incluso aunque no se exprese (STS de 1 de enero de 2003), y se verifica con la finalidad de fijar la relación obligatoria

preexistente, crear una mayor certeza probatoria, vincular al deudor a su cumplimiento y excluir las pretensiones que surjan o puedan surgir de una relación jurídica previa incompatible con los términos en que la obligación queda fijada. En suma, como declara la sentencia del Tribunal Supremo 17 de noviembre de 2006, en cuanto el reconocimiento contiene la voluntad propia de un negocio jurídico de asumir y fijar la relación obligatoria preexistente, la jurisprudencia le anuda el efecto material de obligar al cumplimiento por razón de la obligación cuya deuda ha sido reconocida, y el efecto procesal de dispensar de la prueba de la relación jurídica obligacional preexistente». Pero entre los efectos derivados del simple reconocimiento no figura el de operar por sí una novación extintiva o una alteración de la naturaleza de la obligación reconocida. Todo reconocimiento de deuda ha de ser causal, en el sentido de que ha de tener causa, porque, como regla general, no se admite el negocio abstracto. Ahora bien, puede ocurrir que la causa no esté indicada (o lo esté solamente de forma genérica) o que esté plenamente expresada: a la primera hipótesis le es de aplicación el artículo 1277 del Código Civil, por lo que se presume que la causa existe y es lícita mientras el deudor no pruebe lo contrario.

Esta Dirección General ha venido destacando de forma reiterada el principio de consentimiento causal en las vertientes anteriormente señaladas, es decir, en el de necesidad de existencia de una causa verdadera y lícita y en el necesidad de su expresión en el documento y en la inscripción, sin que sea posible, a efectos registrales, la presunción de existencia de la misma. En el caso que nos ocupa, no constaba expresada en la escritura de dación en pago en que figura igualmente el reconocimiento de la deuda reconocida la causa de esta última, pues se limitaba a indicar en cuanto al origen o naturaleza de dicha deuda que «consta en la contabilidad de la deudora», y que «al día de hoy es vencida, líquida y exigible». Con objeto de subsanar dicha omisión se otorgó el acta de manifestaciones más arriba reseñada en la que se identifica la naturaleza de la deuda reconocida (concretando que se trata de un crédito), así como el negocio jurídico por el cual la sociedad acreedora devino titular del mismo (aportación del crédito en una operación de aumento del capital de dicha sociedad). Estando pues expresada la causa de la deuda (el crédito cedido a la sociedad acreedora) lo que se tiene que dilucidar en este recurso es si en las circunstancias del presente expediente, como consecuencia de la acreditación de la aportación del crédito a la sociedad acreedora en la reiterada operación de aumento de capital inscrita en el Registro Mercantil, concurre o no causa de dispensa (o no aplicación) del requisito de la acreditación de los medios de pago empleados en la entrega del dinero que eventualmente estuviera en el origen de la deuda.

En lo relativo a la calificación de los registradores de la propiedad respecto de los extremos objeto de debate en este recurso, la reforma se centra en dos aspectos: a) La obligación de comprobar si las escrituras públicas a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado expresan la identificación de los medios de pago empleados por las partes, en los términos previstos en el artículo 24 de la Ley del Notariado; b) El cierre del Registro respecto de esas escrituras públicas en las que consistiendo el precio en todo o en parte, en dinero o signo que lo represente, «el fedatario público hubiere hecho constar en la escritura la negativa de los comparecientes a identificar, en todo o en parte, los datos o documentos relativos a los medios de pago empleados» —apartado tercero del mismo artículo 254—. El régimen de la obligación de identificación de los medios de pago se puede sistematizar en los siguientes términos: 1º) Se han de expresar por los comparecientes los importes satisfechos en metálico, quedando

constancia en la escritura de dichas manifestaciones. 2º) Pagos realizados por medio de cheques u otros instrumentos cambiarios: además de la obligación del notario de incorporar testimonio de los mismos, deberán manifestar los datos a que se refiere el artículo 24 de la Ley del Notariado. Cuando se trate de cheques bancarios o títulos librados por una entidad de crédito, el compareciente que efectúe el pago deberá manifestar el código de la cuenta con cargo a la cual se aportaron los fondos para el libramiento o, en su caso, la circunstancia de que se libraron contra la entrega del importe en metálico. 3º) En caso de pago por transferencia o domiciliación, el régimen es indistinto para el caso de que los pagos sean anteriores o simultáneos al otorgamiento de las escrituras: los comparecientes deberán manifestar los datos correspondientes a los códigos de las cuentas de cargo y abono, quedando constancia en la escritura de dichas manifestaciones. 4º) Si los comparecientes se negasen a aportar alguno de los datos o documentos citados anteriormente, el notario hará constar en la escritura esta circunstancia, y advertirá verbalmente a aquellos del cierre registral dispuesto en el apartado 3 del artículo 254 de la Ley Hipotecaria, dejando constancia, asimismo, de dicha advertencia.

Sin embargo, en relación con la calificación registral y el cierre del Registro de la Propiedad, en los términos expresados en el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, el artículo 177, párrafo quinto, del Reglamento Notarial, según redacción dada por el Real Decreto 1/2010, determina que «(...) se entenderán identificados los medios de pago si constan en la escritura, por soporte documental o manifestación, los elementos esenciales de los mismos. A estos efectos, si el medio de pago fuera cheque será suficiente que conste librador y librado, beneficiario, si es nominativo, fecha e importe; si se tratara de transferencia se entenderá suficientemente identificada, aunque no se aporten los códigos de las cuentas de cargo y abono, siempre que conste el ordenante, beneficiario, fecha, importe, entidad emisora y ordenante y receptora o beneficiaria».

Ya hemos visto que el reconocimiento de deuda en nuestro Derecho tiene carácter causal y valor declarativo o reconocitivo, sin perjuicio del denominado efecto constitutivo entendido en el limitado sentido antes expresado, que como vimos no alcanza a producir un efecto extintivo sobre la obligación preexistente reconocida y su sustitución por otra nueva, sin perjuicio de los casos en que el reconocimiento venga acompañado de una novación propia o extintiva. Por ello no constituye argumento obstativo a la exigencia de la acreditación de los medios de pago. Sí lo sería el que dicha exigencia no fuera predicable de los créditos o préstamo mutuo. Pero a este respecto, esta Dirección General, en resoluciones de 11 de marzo de 2013 y 2 de septiembre de 2016, ya se ha pronunciado acerca de la necesidad de acreditar los medios de pago en los supuestos de reconocimiento de deuda en que se invoque expresamente un préstamo previo, porque ese préstamo será su causa, excepto en el caso en que en dicho reconocimiento de deuda se hubiese pactado expresamente el efecto extintivo del préstamo u obligación primitiva, en cuyo caso tal indicación de los medios de pago no sería necesaria. Siendo el préstamo la causa de la deuda que se reconoce y que provoca la posterior dación, deba evitarse un reconocimiento ficticio que imposibilite el control de un posible blanqueo, motivo por el cual debe acreditarse el efectivo desplazamiento patrimonial que constituye la deuda.

En la escritura cuya calificación ha sido impugnada mediante el presente recurso no existe ninguna reseña de los medios de pago en relación con los 2.095.350 euros a que asciende el importe de la deuda inicial, por lo que en aplicación de los preceptos y doctrina antes expuesta debe mantenerse la

calificación impugnada. No alcanza a desvirtuar esta conclusión el hecho de que la escritura de aumento de capital en que se formalizó la aportación del crédito por parte de su titular inicial a favor de la sociedad actualmente acreedora haya sido objeto previamente de inscripción en el Registro Mercantil, y ello por varios motivos. Por un lado, como ya se ha dicho, no son el crédito ni su cesión (aportación contra adjudicación de particiones sociales) los títulos inscribibles en el Registro de la Propiedad que han provocado la calificación recurrida, sino la dación en pago de deuda de la finca. Por otro lado, no debe olvidarse que la técnica del cierre registral aplicada por el artículo 254.3 de la Ley Hipotecaria, tras su reforma por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, no responde a una valoración jurídica sustantiva sobre la nulidad, anulabilidad u otro tipo de ineficacia del negocio jurídico inscribible.

Resolución de 12-4-2018
(BOE 25-4-2018)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 11.

PROPIEDAD HORIZONTAL: PREFERENCIA CREDITICIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 9 LPH.

La redacción actual del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal distingue en párrafos separados la afectación del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. Como resulta de la norma el crédito que contempla tiene la condición de crédito singularmente privilegiado remitiéndose a lo dispuesto en el artículo 1923 del Código Civil.

Se ha señalado que se trata de una hipoteca legal tácita respecto a la anualidad en curso y a los tres años naturales inmediatamente anteriores, tomando como cómputo hacia atrás el de la demanda. Pero, a efectos registrales, la configuración de la preferencia como hipoteca legal tácita requeriría un precepto legal que lo estableciera así, o bien una resolución judicial en la que siendo partes todos los interesados en esa configuración estableciera expresamente esa configuración o el carácter real de la preferencia y su constancia registral de modo expreso y claro.

Como ha señalado la doctrina de esta Dirección General, para que proceda la constancia en el asiento de anotación preventiva del carácter real de la preferencia, es necesario que resulte dicho carácter real de una resolución judicial firme en que hubieran sido parte en el proceso todos los interesados, o que de la nueva redacción del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal en virtud de Ley 8/1999, de 6 de abril, resultara no solo el carácter preferente del crédito de la comunidad de propietarios por la anualidad en curso (en el momento de la demanda) y por los tres años naturales anteriores, sino además su carácter real y concretamente su efecto de modificación del rango respecto a una carga inscrita con anterioridad, lo que a su vez determinaría la cancelación automática de dicha carga con motivo de la ejecución del crédito de la comunidad de propietarios. Si el mandato se limita a que el asiento de anotación haga referencia al carácter privilegiado del crédito reclamado, se trata de una cuestión absolutamente ajena a la materia inscribible en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, cuando por el contrario la preferencia declarada tiene un carácter real, por tratarse de un derecho de tal trascendencia, entonces la constancia registral de tal preferencia puede dar lugar a una anteposición en el rango registral con

la consiguiente postergación de derechos reales anteriores que puedan resultar perjudicados. Por ello, el rango registral no puede en ningún caso confundirse con la preferencia de créditos, esto es, con el mejor derecho al cobro de uno u otro de estos.

En el expediente que da lugar a la presente no hay duda, según lo ya dicho, de que nos encontramos en esta segunda hipótesis, pues el mandamiento de anotación de embargo ordena la constancia registral no del carácter privilegiado del crédito reclamado en el plano obligacional, sino, conforme a la previa declaración judicial recaída en procedimiento ordinario, de su alcance real y del efecto registral que comporta concretado en la postergación de la hipoteca previamente inscrita a favor de «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.». Pero esta preferencia con vocación y eficacia real se proyecta exclusivamente respecto de la citada hipoteca, sin que ni la declaración judicial ni la previa postulación de la comunidad demandante se extienda a una pretensión de constancia registral de tal preferencia sobre otros créditos y cargas intermedias. Siendo ello así carece de fundamento pretender extender la afección o preferencia real del crédito a favor de la comunidad del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal respecto de créditos correspondientes a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social cuyo embargo figura previamente anotado en el Registro, pues la preferencia legal sancionada por el citado precepto legal no les alcanza, razón por la cual no pueden quedar afectados ni perjudicados por la misma, y por el mismo motivo carece de fundamento la exigencia de demandarles en un procedimiento en el que no se ejerce pretensión alguna contra los mismos y sin que sus consecuencias puedan alcanzarles.

Resolución de 13-4-2018

(BOE 25-4-2018)

Registro de la Propiedad de Reinosa.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH: MOTIVOS DE DENEGACIÓN.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan las dudas que a juicio del registrador impiden la inscripción de la representación gráfica, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlas —que podrán o no ser acertados—. En consecuencia, es evidente que la calificación está suficientemente motivada.

De conformidad con los artículos 9 y 199 de la LH, a la hora de inscribir una base gráfica, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y

10 de octubre de 2016). Como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. En el presente caso, resultan justificadas las dudas del registrador, al ponerse de manifiesto la oposición expresa de la Administración Pública a la inscripción de la representación gráfica. Oposición que, no obstante la parquedad de los términos en que se pronuncia, es terminante y además se acompaña de plano de medición elaborado por el Servicio de Coordinación y Gestión Urbanística del Ayuntamiento de Badajoz.

Aunque, como señala el artículo 199, «la mera oposición de quien no haya acreditado ser titular registral de la finca o de cualquiera de las registrales colindantes no determina necesariamente la denegación de la inscripción», ello no puede entenderse en el sentido de que no sean tenidas en cuenta tales alegaciones para formar el juicio del registrador, especialmente cuando se trata de la oposición de la Administración Pública, que además es la única colindante, poniendo de manifiesto una situación de alteración de la configuración física de la finca que implicaría invasión de dominio público, circunstancia proscrita por la legislación hipotecaria, según ha quedado expuesto en los fundamentos anteriores. En cuanto a la alegación de los recurrentes relativa a la extemporaneidad de las alegaciones, es cierto que las mismas se han formulado una vez concluido el plazo de 20 días que prevé el artículo 199 de la Ley Hipotecaria; sin embargo, la recepción de tales alegaciones en el Registro se produce dentro del plazo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria para la calificación de la documentación. Estando la actuación del registrador de la propiedad presidida por el principio de legalidad, este debe prevalecer en todo caso, por lo que no cabe sino concluir que fue correcta la actuación del registrador al tomar en consideración tales alegaciones procedentes de una Administración Pública a fin de preservar el dominio público de una posible invasión.

Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista de las alegaciones municipales y del informe del alcalde pedáneo, 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 dichas autoridades administrativas o incluso judicial para instar la rectificación de las resoluciones dictadas.

Resolución de 13-4-2018

(BOE 25-4-2018)

Registro de la Propiedad de Manilva.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del

mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes.

Registralmente, caducada la anotación, debe actuar el registrador a estos efectos como si nunca se hubiera practicado la citada anotación, en cuyo caso la inscripción de la adjudicación de la finca como consecuencia de la ejecución, como se ha señalado reiteradamente por este Centro Directivo, dependerá de que el deudor siga conservando la titularidad de la misma y en caso de existir cargas posteriores no podrán ser objeto de cancelación registral. En la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 11 de enero de 2017, y las que esta recoge entre sus «Vistos», queda claro que la caducidad de la anotación determina que el beneficiado ha perdido el derecho que la legislación procesal y registral le reconoce de purgar directamente y sin más trámites las cargas posteriores, aunque ello no significa que deba soportarlas, sino que la liberación debe ser acordada en un procedimiento distinto en el que sean parte los interesados, y en el que el juez se pronuncie sobre tal extremo en particular. En el procedimiento que motiva la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, si bien se trata de una demanda directa contra la calificación registral, han sido demandados los titulares de las anotaciones preventivas posteriores a la que motiva la ejecución.

No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución Española y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

De cuanto antecede, resulta que, en el ámbito de la calificación, los registradores de la propiedad han de atenerse a lo establecido en el artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y solo pueden cancelar (en los términos previstos en los arts. 674 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 175.2.a del Reglamento Hipotecario), las cargas inscritas o anotadas con posterioridad a la anotación de embargo practicada a resultas del procedimiento de ejecución del que deriva el mandamiento cancelatorio, cuando la referida anotación preventiva de embargo esté vigente, por no haber transcurrido el plazo de cuatro años de vigencia que fija el citado artículo 86, o el de sus sucesivas prórrogas, al tiempo en que, al menos el decreto de adjudicación, haya sido presentado en el Registro de la Propiedad. Habiendo adecuado la registradora su actuación a esta doctrina, no cabe acoger favorablemente el recurso interpuesto contra su calificación.

Todo ello sin perjuicio, como antes se indicó, del derecho que asiste al adquirente de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución para acudir a un proceso judicial en el que pueda discutirse, con la intervención de todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, si procede o no la cancelación de las mismas.

Resolución de 18-4-2018
(BOE 8-5-2018)
Registro de la Propiedad de Andújar.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es continua 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), que 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 la determinación de la validez o no del título inscrito ni de su derecho a inscribir o anotar, cuestiones todas ellas reservadas al conocimiento de los tribunales (art. 66 de la Ley Hipotecaria). 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).

Resolución de 18-4-2018
(BOE 8-5-2018)
Registro de la Propiedad de Avilés, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Con la nueva redacción del artículo 205 LH no se admite más forma documental de acreditar la previa adquisición que el título público, que es una especie concreta y especialmente cualificada dentro del amplio género de los documentos fehacientes, y, además, se exige que dicha adquisición previa se haya producido al menos un año antes del otorgamiento del título público traslativo que va a operar como título inmatriculador. Nótese que dicho lapso temporal mínimo de un año ha de computarse, no necesariamente entre las fechas de los respectivos otorgamientos documentales, esto es, el de título público previo y el del título público traslativo posterior, sino entre la fecha de la previa adquisición documentada en título público, y la fecha del otorgamiento del título traslativo posterior.

Surge la cuestión de si cabe la posibilidad de que mediante título público, no adquisitivo, sino meramente declarativo, se acredite el hecho y el momento de haberse producido una adquisición anterior. Y parece razonable considerar que tal posibilidad resulta efectivamente admitida por la nueva redacción legal, de modo que, por ejemplo, cuando tal adquisición anterior se acredite mediante una sentencia declarativa del dominio en la que la autoridad judicial considere y declare probado el hecho y momento en que se produjo una adquisición anterior, la fecha declarada probada de esa adquisición anterior puede ser tomada como momento inicial del cómputo del año a que se refiere el artículo 205.

En los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, si

con posterioridad se otorga título traslativo de ellos a un tercero, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia, momento desde el cual se entiende adquirida por el heredero la posesión y por ende la propiedad de los bienes hereditarios, y no necesariamente desde el otorgamiento del título público de formalización de la aceptación y adjudicación de herencia. La nota de calificación recurrida se fundamenta en el hecho de no poder acreditar el título de adquisición de los causantes, requisito que de ser exigido implicaría la necesidad de acreditar tres títulos diferentes en el procedimiento de inmatriculación, más allá de lo previsto en la propia redacción del artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 18-4-2018

(BOE 8-5-2018)

Registro de la Propiedad de Jaca.

RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: DIFERENCIA ENTRE UN ENCLAVADO Y UNA MENCIÓN. INSCRIPCIÓN DE MONTES PÚBLICOS: DESLINDE.

Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 15 de junio de 2016 y 29 de septiembre de 2017), el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Además, resulta esencial para poder iniciar su tramitación que dicho titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con la finca de la que es titular y cuya inscripción se pretende. De la certificación administrativa calificada no resulta solicitud expresa relativa a la rectificación de descripción de la finca conforme a su representación gráfica georreferenciada, a la que en ningún momento se alude, ni de inscripción de la misma. Esta solicitud tampoco puede considerarse implícita en el documento. Pero es que tampoco se efectúa expresamente una rectificación de la descripción de la finca, pues en el título no se modifica la descripción de la finca —salvo para omitir toda referencia a la existencia del enclavado—, no existiendo además correspondencia entre la finca registral y la parcela catastral. En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca.

El concepto de «finca enclavada» viene delimitado por la existencia de un derecho de dominio sobre una porción determinada de terreno que se halla rodeada en todo su perímetro por el derecho de dominio que otro u otros ostentan sobre su colindante. Ahora bien, debe distinguirse la constancia registral de un enclave que delimita la descripción de la finca y, por tanto, el objeto del dominio del propietario, con una mención, entendida como toda carga, gravamen o derecho real relacionado en la inscripción de una finca, tomada del título presentado a inscripción, sin que sea objeto de inscripción separada y especial. La mención se encuentra actualmente proscrita en nuestra legislación, como resulta del artículo 29 de la Ley Hipotecaria.

En el caso de este expediente, la constancia registral del enclavado incluye una mención a un derecho de propiedad del Obispado de Jaca. En este punto debe recordarse que con anterioridad a la reforma del artículo 5 del Reglamento Hipotecario operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en dicho precepto se exceptuaban de la inscripción los templos destinados al culto

católico. Toda vez que esa excepción ha desaparecido de nuestro ordenamiento, y que no consta debidamente inscrito el derecho de propiedad del Obispado, en cuanto a este concreto extremo relativo a la expresión del titular del enclave, nos encontramos ante una mención susceptible de ser cancelada conforme a los artículos 51.7.a, 98 y 353.3 del Reglamento Hipotecario.

La constancia registral del enclavado supone la existencia de una porción de superficie que ha quedado excluida de la inmatriculación por determinar así el título que causó la inscripción primera de la finca. Por tanto, para lograr la inmatriculación de esta porción a favor de la Administración Pública recurrente, que alega su titularidad, bastará acudir a alguno de los medios inmatriculadores que prevé la Ley Hipotecaria, y sin que sea suficiente la mera constancia de la titularidad pretendida en el Catastro como alega el recurrente.

Respecto de la posibilidad de acudir al deslinde administrativo para determinar la configuración física de la finca y así proceder a la inmatriculación de esta porción enclavada, también debe admitirse esta posibilidad. Tal como afirma el registrador en su calificación, no constando inscrito en folio independiente el citado enclavado, y dado el carácter de mención que cabe afirmar respecto de la titularidad del mismo (según se justifica en el fundamento tercero de esta resolución), sin que conste inscrito ningún derecho de propiedad susceptible de ser lesionado, podrá acudirse al artículo 48 de la Ley de Montes de Aragón, conforme al cual, el deslinde aprobado, será título suficiente para la «inmatriculación del monte en el Registro de la Propiedad» y para la «inscripción de rectificación de la descripción de las fincas afectadas y, en concreto, la rectificación de situaciones contradictorias con el deslinde que no se hallen amparadas por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, incluyendo el cambio de titularidad y la cancelación de inscripciones registrales». En consecuencia, si del eventual deslinde que se apruebe no resulta la existencia de enclavados, conforme al citado precepto de la Ley de Montes aragonesa, también el deslinde podría servir para lograr la inmatriculación de la porción enclavada no inscrita.

Resolución de 19-4-2018
(BOE 8-5-2018)
Registro de la Propiedad de Almansa.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NECESIDAD DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (vid. por todas, las resoluciones de 10 de abril y 19 de julio de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria).

En consecuencia, estando la finca transmitida inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 19-4-2018

(BOE 8-5-2018)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5.

URBANISMO: EFECTOS DE LA ANULACIÓN DE UN PLAN URBANÍSTICO.
FUNDACIONES: ENAJENACIÓN DE FINCA.

En el presente expediente debe decidirse si es o no inscribible una escritura de compraventa de una finca otorgada por la fundación titular de la misma, habida cuenta de que la formación de la finca vendida resulta de un Proyecto de Normalización inscrito en el Registro de la Propiedad, que tiene su origen en un Estudio de Detalle ulteriormente declarado nulo por una sentencia del Tribunal Supremo.

En relación con el alcance de la función calificadoradora conforme a los artículos 18, párrafo primero, y 65, párrafo cuarto, de la Ley Hipotecaria, este Centro Directivo viene recordando de forma reiterada (resoluciones de 16 y 17 de febrero, 11 de junio, 5 y 30 de octubre y 6 de noviembre de 2012, 12 de abril y 3 de julio de 2013 y 23 de enero de 2014) que el registrador no se puede limitar a los medios de calificación que consistan en los documentos presentados y en los asientos de la propia finca de que se trata, sino que, atendiendo a una interpretación conforme a la realidad social y a la finalidad y principios del propio Registro, debe acudir a otras fuentes oficiales de información, como son el Registro Mercantil, el Libro de Incapacitados según el Índice General Informatizado y otros Registros y Boletines Oficiales que no sean de carácter reservado y sean accesibles, por lo que con mayor razón ha de tener en cuenta las sentencias de los tribunales de las que tenga conocimiento y guarden relación con el supuesto de hecho de que se trate, en cuanto constituyen elementos interpretadores de los preceptos legales. En el caso objeto de este recurso, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2016 no es presentada en el Registro de la Propiedad para su inscripción en ningún momento, que no se pretende, sino que es invocada por la registradora en su labor calificadoradora al amparo de lo previsto en el artículo 18 de la Ley Hipotecaria. En consecuencia, no procede el cierre registral previsto por el artículo 17 de la Ley Hipotecaria.

Respecto de los estudios de detalle, dada su condición de planes urbanísticos participan de la naturaleza de las disposiciones de carácter general, para las que rige estrictamente el principio de jerarquía normativa. Por su parte, los Proyectos de Normalización son procedimientos de adaptación de las fincas afectadas a las exigencias del planeamiento.

La naturaleza reglamentaria de los planes urbanísticos produce una serie de consecuencias, entre las que, a los efectos que ahora interesan, destacan dos. La primera de ellas es que, como afirma la registradora en su nota, mientras que los actos administrativos pueden ser ilegales por nulidad (art. 47.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) o por simple anulabilidad (art. 48), las disposiciones generales no son nunca anulables sino nulas de pleno derecho. La segunda consecuencia es que la declaración de nulidad de un plan se retrotrae al mismo instante de haber sido dictado, lo que comporta, a su vez, la nulidad de aquellos planes secundarios que se dicten en su desarrollo (en este caso del Proyecto de Normalización).

Ahora bien, los efectos de la declaración de nulidad de un plan urbanístico no son plenos o absolutos, sino que existen ciertas limitaciones que, en última

instancia, obedecen a motivos de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). En concreto, el artículo 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, dispone que «las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente». Los actos firmes nacidos con base en una norma, reglamento o plan, no son nulos por sí mismos. Es la doctrina del acto separado.

Siendo la Administración Pública condenada en un proceso contencioso-administrativo la encargada legalmente de ejecutar la sentencia recaída en el mismo, la actividad que al efecto despliegue se materializará necesariamente en uno o varios actos administrativos que habrán de ajustarse a los términos de aquella. Son actos de ejecución lo que, normalmente, les priva de sustantividad propia, por ser puros medios o instrumentos, para la efectividad del fallo judicial.

La compraventa, tal y como se ha realizado, es un negocio jurídico válido, puesto que la transmisión de la finca no ha sido contraria a norma imperativa o prohibitiva alguna (art. 6.3 del Código Civil), ni objeto de impugnación. Cuestión distinta, por el contrario, es la posibilidad que tendría en su caso el comprador de solicitar judicialmente la resolución de la venta por imposibilidad sobrevenida del cumplimiento del contrato al amparo de los artículos 1124 y 1184 del Código Civil en relación con la doctrina «*aliud pro alio*» fijada por el Tribunal Supremo. Por otro lado, y desde el punto de vista de procedimiento o mecánica registral, es principio fundamental el de especialidad, principio que en el ámbito urbanístico tiene su manifestación, entre otros, en el artículo 65.1.g) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, según el cual «serán inscribibles en el Registro de la Propiedad: (...) g) Los actos administrativos y las sentencias, en ambos casos firmes, en que se declare la anulación a que se refiere la letra anterior; cuando se concreten en fincas determinadas y haya participado su titular en el procedimiento». Según doctrina reiterada de esta Dirección General debe exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos judiciales cancelatorios, de acuerdo con el principio de especialidad registral.

En primer lugar, objeta la registradora que no se cumple lo dispuesto en los artículos 17 y 19 de la Ley 13/2002, de 15 de julio, de Fundaciones de Castilla y León, pues no acredita por certificación expedida por el secretario de la fundación que el acuerdo de venta de la finca fue adoptado por el patronato, que es el órgano a quien corresponde la gestión patrimonial de la fundación. La certificación expedida por el secretario de la fundación e incorporada a la escritura es notablemente mejorable, pues de ella no resultan ni el órgano ni la fecha en que se aprobó el acuerdo de venta. Ahora bien, tales circunstancias omitidas en la certificación sí resultan, sin embargo, acreditadas en otros de los documentos presentados a inscripción.

En segundo lugar, objeta la registradora que no se acredita en la certificación expedida por el secretario que la venta se realizara asegurando la libre concurrencia y la imparcialidad del comprador y por importe no inferior al de tasación, exigencias impuestas por el patronato en su autorización. El único modo por el que la registradora puede, en el ejercicio de su labor calificadora, apreciar

y comprobar el efectivo cumplimiento de tales requisitos es por medio de la certificación expedida por el secretario de la fundación. En el presente caso, si bien la certificación expedida por el secretario no hace mención alguna al cumplimiento o no del referido mandato legal, lo cierto es que, tal y como ocurre con el defecto anterior, del conjunto de la documentación presentada a inscripción sí resulta acreditada tal exigencia.

El defecto relativo a la exigencia de un pronunciamiento expreso por parte del Protectorado sobre si la venta se ajustó o no a la autorización previamente concedida por el mismo no puede tampoco mantenerse. De este modo, concedida la autorización por el protectorado en virtud de la mencionada resolución, el mandato legal es íntegramente cumplido sin que sea exigible, además, una aprobación a posteriori.

Resolución de 20-4-2018

(BOE 8-5-2018)

Registro de la Propiedad de Fraga.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 671 LEC. RESOLUCIONES DE LA DGRN: IMPORTANCIA DE SU DOCTRINA.

En base a los principios generales de interpretación de normas jurídicas recogido en el artículo 3 del Código Civil que señala que «las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas» parece, que la interpretación del artículo 671 no puede ser la puramente literal, ya que puede producir un resultado distorsionado. Conforme al artículo 670 existiendo postores cabe la posibilidad de que el remate sea inferior al 50% del valor de tasación siempre que cubra al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. Y en este caso, como garantía complementaria la Ley atribuye al letrado de la Administración de Justicia la apreciación y valoración de las circunstancias concurrentes, oídas las partes, y establece que, en caso de que se realice el remate en esos términos, existirá la posibilidad de presentar recurso de revisión frente al decreto de adjudicación. Esta norma especial, prevista por el legislador para circunstancias extraordinarias y con una serie de garantías específicas, parece que debe integrarse igualmente para el supuesto del artículo 671, por lo que en esta hipótesis será preciso que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 670.4 (cfr. art. 4.1 del Código Civil).

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 sentencia 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 20-4-2018
(BOE 8-5-2018)

Registro de la Propiedad de Úbeda, número 1.

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE HIPOTECA: DEMANDA Y REQUERIMIENTO DE PAGO AL TERCER POSEEDOR.

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria, en su párrafo segundo, prevé que el recurso ante este Centro Directivo tiene un plazo para la interposición de un mes, y que dicho plazo se computará desde la fecha de la notificación de la calificación impugnada. No obstante, dado el contenido del recurso y por economía procesal, procede su resolución.

Se trata de dilucidar si es inscribible un decreto de adjudicación en procedimiento de ejecución directo sobre bienes hipotecados si en el procedimiento no se ha demandado ni requerido de pago a quien, no siendo deudor del préstamo hipotecario ni hipotecante no deudor, adquirió la finca ejecutada e inscribió su adquisición antes de iniciarse dicho procedimiento.

Conforme a los artículos 132 LH y 685 LEC es necesaria la demanda y requerimiento de pago al tercer poseedor de los bienes hipotecados que haya acreditado al acreedor la adquisición de sus bienes, entendiéndose la Ley Hipotecaria que lo han acreditado quienes hayan inscrito su derecho con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas. El principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos y de interdicción de la indefensión procesal exige que el titular registral afectado por el acto inscribible, cuando no conste su consentimiento auténtico, haya sido parte o haya tenido, al menos, la posibilidad de intervención, en el procedimiento determinante del asiento. De conformidad, pues, con esta doctrina constitucional el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

La adquisición por el nuevo titular se realizó con fecha anterior a la presentación de la demanda interpuesta. Pero no solo la adquisición fue anterior a la demanda, también y fundamentalmente, su inscripción registral se produjo con anterioridad a aquella, por lo que no puede alegarse, en los términos antes expuestos, el desconocimiento de la existencia del tercer poseedor y en todo caso, las anteriores circunstancias se pusieron de manifiesto en la certificación expedida en sede del procedimiento de ejecución. La posterior notificación que sobre la existencia de dicho procedimiento se haya podido realizar al actual titular no puede suplir a la demanda ni al requerimiento de pago.

Respecto de la alegación que realiza la recurrente relativa al hecho de concurrir en el demandado don S. M. R. la condición de deudor persona física y administrador único de la sociedad «Empasur Jaén, S.L.», tercer poseedor de la finca, debe señalarse que, como ya mantuvo este Centro Directivo en su resolución de 19 de septiembre de 2013: «no puede considerarse suficiente para tener por cumplido el requisito de la demanda y requerimiento de pago a la sociedad titular registral el hecho de que el administrador único de la misma resulte ser una de las personas efectivamente demandadas y requeridas de pago en el procedimiento. Se trata, en tanto no se produzca un levantamiento de velo, de personalidades diferentes cuyos derechos registrales deben ser protegidos».

Resolución de 23-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro de la Propiedad de Ponteareas.

RECTIFICACIÓN DE SUPERFICIE: REQUISITOS.

Ha sido definido el exceso —y defecto— de cabida en numerosas ocasiones por este Centro Directivo, considerando que el mismo, en relación con su naturaleza y alcance, y con base en los argumentos legales correspondientes, puede configurarse como aquel procedimiento y solución en el que se hace constar en los libros la correcta extensión y descripción de la finca como base del Registro.

Tras la resolución de 17 de noviembre de 2015 (reiterada posteriormente en las de 22 de abril o 30 de junio de 2016, entre otras) esta Dirección General señaló que a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: 1. Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letras a) y b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita; 2. El supuesto que persigue y permite inscribir rectificaciones superficiales no superiores al 10% de la cabida inscrita, pero con simultánea inscripción de la representación geográfica de la finca. Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria; 3. Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices, como ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203 de la Ley Hipotecaria.

Tras la aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, también es preciso en todo caso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada. 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.

Como ya ha señalado esta Dirección General (cfr. resoluciones de 27 de febrero de 2012 y 14 de mayo de 2013) la formación de una finca registral discontinua exige, además del otorgamiento de la escritura de agrupación, otros requisitos, no siendo suficiente la mera voluntad del propietario sin base alguna objetiva para que se constituya una unidad de finca. Por tanto, conforme a lo previsto en el artículo 44 del Reglamento Hipotecario y a la doctrina expuesta, no puede considerarse suficiente describir una unidad de explotación como una mera adición de parcelas (cfr. resolución de 11 de diciembre de 2017).

Aun cuando la identidad total entre la descripción literaria y la gráfica en el título solo se exige en los supuestos de inmatriculación (y sin perjuicio de que la descripción registral siempre será la que resulte de la representación

gráfica, según dispone el artículo 9.b de la Ley Hipotecaria), es presupuesto de aplicación de cualquier procedimiento para la rectificación de descripción de la finca que se aprecie una correspondencia entre la descripción de la finca que conste en el Registro y la que resulte de la representación gráfica de la misma que se pretende inscribir.

No constando en la descripción registral de la finca la existencia de enclavados y constando catastradas las construcciones y el suelo sobre el que se asientan a favor de entidades distintas de la Comunidad de Montes de A Ribeira, la incorporación al folio real de la representación gráfica catastral pretendida supondría la rectificación de la descripción literaria (cfr. párrafo séptimo del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria) para ajustarla a tal representación gráfica, lo que conllevaría introducir tales enclavados en la descripción, omitiendo el correspondiente negocio traslativo y operaciones de modificación de entidad hipotecaria necesarias para tal configuración física y jurídica de las fincas y parcelas objeto de este expediente, lo cual proscribía expresamente la normativa hipotecaria que regula la inscripción de representaciones gráficas (arts. 199 y 201 de la Ley Hipotecaria), además de infringir el principio de tracto sucesivo (art. 20 de la Ley Hipotecaria) [cfr. resolución de 14 de noviembre de 2016], pudiendo suponer además un supuesto de desinmatriculación si la inscripción de la representación gráfica georreferenciada no va acompañada de la correlativa inmatriculación de la superficie correspondiente a las fincas enclavadas (cfr. resolución de 12 de septiembre de 2009). Por ello, quedan también justificadas en este punto las dudas expresadas en la calificación impugnada.

Resolución de 23-4-2018
(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

La mera afirmación realizada por los cónyuges en el convenio regulador respecto del carácter privativo de los fondos empleados en la construcción de la vivienda no es suficiente para inscribirla con carácter privativo de la esposa. En efecto, el artículo 95.2 del Reglamento Hipotecario exige —al margen del supuesto de confesión de privatividad por el consorte— que en las adquisiciones a título oneroso se justifique el carácter privativo del precio o contraprestación mediante prueba documental pública, sin que la mera afirmación de la procedencia privativa del dinero empleado sea suficiente dado, sobre todo, el carácter fungible del dinero.

Hay que distinguir dos supuestos distintos: uno es la constancia de la confesión de privatividad realizada por el cónyuge a quien perjudica la misma respecto de un bien en cuya adquisición no hizo confesión o aseveración alguna, y que, en consecuencia, figura inscrito solo a nombre del otro cónyuge, sin que su naturaleza respecto de la sociedad de gananciales esté definitivamente establecida a los efectos registrales; y otro supuesto distinto es el del presente caso, en el que según consta en los asientos registrales, a la construcción realizada sobre finca privativa de la citada esposa se le atribuyó expresamente carácter ganancial, por lo que el bien se inscribió con tal carácter. En este último supuesto, si existió un error en el título, al configurar al marido como adquirente con el

consiguiente error en el Registro, donde la naturaleza del bien (por supuesto, a efectos registrales) aparece fijada, ese error sería rectificable mediante el consentimiento de todos los que intervinieron en el negocio, conforme al artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, pero para ello será necesario, al menos, que se declare el error que en su día se padeció, y, como consecuencia de ello, el asiento por practicar será la correspondiente inscripción de rectificación, que producirá los efectos que le son propios.

Según doctrina también consolidada (vid. resoluciones citadas en los «Visdos»), 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. En definitiva, las distintas exigencias en cuanto a validez de los diferentes tipos negociales, así como las específicas repercusiones que la concreta operación jurídica pretendida tiene en el régimen jurídico del derecho adquirido, las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica (cfr. art. 3 de la Ley Hipotecaria), unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada, llevan a concluir que el documento calificado resulta insuficiente para acceder a la inscripción solicitada. No obstante, no habría inconveniente alguno para que, una vez especificada la pretensión de que se trate y cumpliendo los requisitos expresados en los fundamentos de Derecho anteriores, se reconociera al convenio regulador la virtualidad de servir de título apto para llevar a cabo la rectificación pretendida.

Resolución de 23-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: NOTIFICACIONES.

La participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar que el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión (arts. 201 y 203 LH).

Debe partirse de la realidad de que actualmente conviven en el Registro fincas cuya representación gráfica se encuentra inscrita con otras que disponen de base gráfica archivada en cumplimiento de la normativa anterior a la Ley 13/2015 (anterior redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria e Instrucción de esta Dirección General de 2 de marzo de 2000) e incluso un tercer grupo de fincas que carecen en absoluto de representación gráfica alguna. En respuesta a la cuestión planteada por el recurrente, en cuanto a qué se entiende por colindantes registrales que deban ser notificados, serán los que resulten de las representaciones gráficas inscritas o de las bases gráficas archivadas, pero también lo serán, en todo caso, los que figuren en la descripción literaria, esté o no actualizada; siendo labor del registrador, tal y como indica el recurrente, determinar adicionalmente de forma más precisa cuáles sean las fincas registrales colindantes que

puedan resultar afectadas acudiendo a la consulta de los índices u otros asientos relacionados con la finca.

El artículo 203, al que se remite el artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria, en su regla quinta, dispone en cuanto a la forma en la que han de hacerse las notificaciones que el notario «notificará la solicitud, con expresión literal de los extremos recogidos en las letras a) y b) y en la forma prevenida en esta Ley, a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente». En definitiva, 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. 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. Cuando el precepto analizado prevé que debe efectuarse la notificación al titular catastral, para dar debido cumplimiento a este trámite de notificación, deberá entenderse por «titular catastral» el que figure en Catastro el momento de tramitarse el procedimiento, no correspondiendo al notario o al registrador hacer suposiciones acerca de quién debiera figurar como tal.

Resolución de 23-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 201 LH: NOTIFICACIONES.

La participación de los titulares de los predios colindantes a la finca cuya cabida se rectifica reviste especial importancia por cuanto son los más interesados en velar por el exceso de superficie de la finca concernida no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes. Por eso constituye un requisito capital que se les brinde de un modo efectivo esa posibilidad de intervenir en el expediente. En caso contrario se podría producir un supuesto de indefensión (arts. 201 y 203 LH).

Debe partirse de la realidad de que actualmente conviven en el Registro fincas cuya representación gráfica se encuentra inscrita con otras que disponen de base gráfica archivada en cumplimiento de la normativa anterior a la Ley 13/2015 (anterior redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria e Instrucción de esta Dirección General de 2 de marzo de 2000) e incluso un tercer grupo de fincas que carecen en absoluto de representación gráfica alguna. En respuesta a la cuestión planteada por el recurrente, en cuanto a qué se entiende por colindantes registrales que deban ser notificados, serán los que resulten de las representaciones gráficas inscritas o de las bases gráficas archivadas, pero también lo serán, en todo caso, los que figuren en la descripción literaria, esté o no actualizada; siendo labor del registrador, tal y como indica el recurrente, determinar adicionalmente de forma más precisa cuáles sean las fincas registrales colindantes que puedan resultar afectadas acudiendo a la consulta de los índices u otros asientos relacionados con la finca.

El artículo 203, al que se remite el artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria, en su regla quinta, dispone en cuanto a la forma en la que han de hacerse las notificaciones que el notario «notificará la solicitud, con expresión literal de los extremos recogidos en las letras a) y b) y en la forma prevenida en esta Ley, a los propietarios de las fincas registrales y catastrales colindantes y a los titulares de derechos reales constituidos sobre ellas en los domicilios que consten en el Registro y, caso de ser distintos, en cualesquiera otros que resulten del expediente». En definitiva, 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. 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. Cuando el precepto analizado prevé que debe efectuarse la notificación al titular catastral, para dar debido cumplimiento a este trámite de notificación, deberá entenderse por «titular catastral» el que figure en el Catastro al momento de tramitarse el procedimiento, no correspondiendo al notario o al registrador hacer suposiciones acerca de quién debiera figurar como tal.

Resolución de 23-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Málaga, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «*ipso iure*» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo del que dimanaban y también la de su prórroga, ya se había producido. En consecuencia, se rechaza la cancelación de las cargas posteriores, al estar caducada la anotación del embargo ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio.

Ciertamente la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que recuérdese gozan de presunción de existencia y protección judicial (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). Pero aun siendo muy importante en el proceso de ejecución

la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo.

Podría pensarse que, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario. No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Resolución de 24-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Martorell, número 1.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: NO SE INSCRIBEN LOS PACTOS SIN TRASCENDENCIA REAL.

Desde el punto de vista formal, según doctrina consolidada de esta Dirección General (vid. las resoluciones de 4 de agosto y 16 de octubre de 2014, 30 de junio de 2015, 24 de octubre de 2016 y 11 de octubre de 2017, entre otras muchas), 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.

La registradora no plantea en su calificación cuestión formal alguna, sino que su objeción para la inscripción se concreta en la falta de trascendencia real de la cláusula relativa a la liquidación del haber común acordada entre los esposos. Dicho pacto, tal y como se ha expresado, dispone una habilitación al esposo para «hacer efectiva la disolución del condominio y atribuirse la mitad del proindiviso (...)», pero sin incluir en el propio convenio una adjudicación en firme del bien en cuestión. Expresada de esta manera, la cláusula calificada no comprende transmisión alguna de dicha finca, sino que recoge una facultad

para la posterior celebración del negocio de disolución de comunidad en el plazo señalado.

Solo es posible proceder a la inscripción de los actos o contratos que impliquen una verdadera transmisión, constitución, modificación o extinción de un derecho real, quedando vedado el acceso al Registro de los meros pactos obligacionales o personales, carentes de trascendencia real —con limitadas excepciones, aunque ajenas al caso ahora planteado—. Concretamente, y en relación con un convenio personal, ha afirmado que «consecuentemente, de acuerdo con los términos del convenio, en el que se asume únicamente el compromiso de transmitir la propiedad, no es inscribible en el Registro de la Propiedad, por cuanto no se ha operado la mutación jurídico real inmobiliaria, siendo así que en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley Hipotecaria, se inscriben los títulos por los que se transmite la propiedad, pero no los meros compromisos de transmisión, como el presente» (resolución de 22 de febrero de 2007).

Resolución de 24-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Villagarcía.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: BIEN INSCRITO A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DEL DEMANDADO. ANOTACIÓN PREVENTIVA DE SUSPENSIÓN DEL 629 LEC: REQUISITOS.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo (cfr. la sentencia citada en los «Vistos»), que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra el que surge por el hecho de que no haya sido parte o no haya sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

Las exigencias del principio de tracto sucesivo han de confirmar en el presente caso la negativa a la práctica de la anotación de embargo solicitada, toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra el titular registral en el momento de presentación del mandamiento calificado, ya que es el propio demandante.

El artículo 629.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que si el bien no estuviere inmatriculado, o si estuviere inscrito en favor de persona distinta del ejecutado, pero de la que traiga causa el derecho de este, podrá tomarse anotación preventiva de suspensión de la anotación del embargo, en la forma y con los efectos previstos en la legislación hipotecaria. En el presente expediente no concurren los requisitos objetivos previstos en tal precepto pues, de la documentación aportada por la presentante, resulta que el derecho de dominio de la demandada trae causa de determinada vendedora y no del actual titular registral como exige el mencionado precepto.

Resolución de 24-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro de la Propiedad de Cangas.

INMATRICULACIÓN: PROTECCIÓN REGISTRAL DEL DOMINIO PÚBLICO.

Según ha manifestado reiteradamente esta Dirección General, no pueden tenerse en cuenta para su resolución por no haber sido presentados al registrador en el momento oportuno, los documentos aportados con el recurso, debiendo resolverse solo a la vista de los documentos que fueron aportados originariamente en tiempo y forma al solicitar su calificación, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

La obligación legal a cargo de los registradores de la propiedad de tratar de impedir la práctica de inscripciones que puedan invadir el dominio público tiene su origen y fundamento, con carácter general, en la legislación protectora del dominio público, pues, como señala la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, tanto en su artículo 6 como en su artículo 30, los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo cual no es sino manifestación del principio y mandato supremo contenido en el artículo 132 de la Constitución. La protección registral que la ley otorga al dominio público no se limita exclusivamente al que ya consta inscrito, sino que también se hace extensiva al dominio público no inscrito pero de cuya existencia tenga indicios suficientes el registrador y con el que pudiera llegar a colisionar alguna pretensión de inscripción.

Avanzando decididamente en la senda de la protección registral del dominio público, incluso del no inscrito debidamente, la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria, al dar nueva redacción a diversos artículos de la Ley Hipotecaria, prevé que, en todo caso, el registrador tratará de evitar la inscripción de nuevas fincas o de la representación gráfica georreferenciada de fincas ya inmatriculadas cuando tuviera dudas fundadas sobre la posible invasión del dominio público. Consecuentemente con todo ello, 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, señalando en el nuevo artículo 9 de la Ley Hipotecaria que «todos los Registradores dispondrán, como elemento auxiliar de calificación, de una única aplicación informática (...) 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».

En el presente expediente han quedado debidamente acreditadas tanto la notificación previa como la contestación a la misma emitida por el Ayuntamiento de Cangas confirmando la invasión del dominio municipal. Y la registradora, además de contar con el preceptivo informe de la Administración afectada, fundamenta adecuadamente las dudas respecto de la invasión del dominio público, siendo por tanto procedente la denegación de las inmatriculaciones referidas.

Resolución de 24-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro de la Propiedad de Arévalo.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. Según dicho artículo 9.b), para efectuar esta incorporación potestativa han de aplicarse con carácter general los requisitos establecidos en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. Por otra parte, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Atendiendo a las anteriores consideraciones, en el presente caso no resultan justificadas en la nota de calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción de la representación gráfica, ya que se limita a rechazar la inscripción en base a las manifestaciones contenidas en un escrito de oposición de un colindante sobre la existencia de un derecho de paso cuyo ejercicio pudiera verse impedido por la inscripción de la representación gráfica, pero sin aportar documentación alguna que acredite tales manifestaciones.

Resolución de 24-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro de la Propiedad de Terrassa, número 5.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD.

Las anotaciones preventivas tienen una vigencia determinada y su caducidad opera «ipso iure» una vez agotado el plazo de cuatro años, hayan sido canceladas o no, si no han sido prorrogadas previamente, careciendo desde entonces de todo efecto jurídico, entre ellos la posición de prioridad que las mismas conceden a su titular, y que permite la inscripción de un bien con cancelación de cargas posteriores a favor del adjudicatario, que ha adquirido en el procedimiento del que deriva la anotación, de modo que los asientos posteriores mejoran su rango en cuanto dejan de estar sujetos a la limitación que para ellos implicaba aquel asiento y no podrán ser cancelados en virtud del mandamiento prevenido en el artículo 175.2.a del Reglamento Hipotecario, si al tiempo de presentarse aquel en el Registro, se había operado ya la caducidad. Y ello porque como consecuencia de esta, han avanzado de rango y pasado a ser registralmente preferentes (cfr. resoluciones de 28 de noviembre de 2001 y 11 de abril de 2002).

En el supuesto de hecho que da lugar a la presente resolución, cuando el decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas se presentan en el Registro, la caducidad de la anotación del embargo del que dimanar y también la de su prórroga, ya se había producido. En consecuencia, se rechaza la cancelación de las cargas posteriores, al estar caducada la anotación del embargo ordenada en los autos que dan lugar al mandamiento cancelatorio.

Ciertamente la certificación de dominio y cargas y su nota marginal tienen una cualificada importancia en el proceso de ejecución, sirviendo de vehículo de conexión entre el procedimiento judicial y las titularidades registrales que recuérdese gozan de presunción de existencia y protección judicial (arts. 1 y 38 de la Ley Hipotecaria). Pero aun siendo muy importante en el proceso de ejecución la expedición de la certificación de titularidad y cargas, y su nota marginal, sin embargo, no debe identificarse con los efectos de la propia anotación preventiva de embargo.

Podría pensarse que, tras la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2017, cuando se expida una certificación de cargas en un procedimiento de ejecución de embargo, el registrador deberá extender nota al margen de la anotación, y dar a dicha nota la virtualidad de prorrogar indefinidamente la anotación a la que se refiere. Sin embargo, no hay apoyo legal que permita hacerlo. Es más, si lo hiciera estaría contraviniendo frontalmente el texto del artículo 86 de la Ley Hipotecaria, y el espíritu de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que acabó con la vigencia indefinida de las anotaciones preventivas prorrogadas, precisamente para evitar un obstáculo permanente para el mercado inmobiliario. No obstante lo anterior, el actual titular tabular tiene a su disposición los remedios previstos en el ordenamiento si considera oportuna la defensa de su posición jurídica (arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 117, 594, 601 y 604 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) a fin de que los tribunales, en su caso, puedan adoptar la decisión oportuna en orden a la preferencia entre cargas, mediante la interposición de las correspondientes tercerías de mejor derecho, o de dominio, o por la ausencia de buena fe, con demanda a todos los interesados, evitando su indefensión (cfr. arts. 24 de la Constitución y 20 y 38 de la Ley Hipotecaria). Será a través de una resolución judicial, adoptada en un proceso contradictorio en el que hayan sido partes todos los titulares de las cargas posteriores a la anotación caducada, como podrá determinarse si es o no procedente la cancelación de dichas cargas, de acuerdo con la doctrina de las citadas sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Resolución de 25-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: EXIGENCIA DE LICENCIA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA MADRILEÑA.

Procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa. Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe

acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo. Y en el contexto de esta competencia hay que situar el artículo 53, letra a), del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística, relativo a la calificación de los títulos de constitución de régimen de propiedad horizontal, y de modificación del régimen ya inscrito.

De lo establecido en la Ley del Suelo estatal y en la autonómica de los preceptos citados, puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, separadamente, tanto para los actos de parcelación, división o segregación, como para las obras de edificación y su ampliación, reforma, modificación o rehabilitación o cambio de uso, que así se declaren y pretendan acceder al Registro de la Propiedad. De modo paralelo, cada una de las edificaciones que se declaren y pretendan su acceso a la publicidad registral deberá estar amparada en la preceptiva licencia, máxime cuando puedan llegar a motivar la apertura de folio propio en los libros del Registro.

La resolución de esta Dirección General de 12 de abril de 2011, para un caso similar en la Comunidad de Madrid, afirmó que la división horizontal de la única vivienda existente en la finca en cuatro susceptibles de aprovechamiento independiente implica un cambio objetivo del uso de la edificación que necesita licencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 151.1, por lo que su inscripción registral requiere la acreditación de su previa obtención conforme a lo dispuesto por el artículo 53.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En el caso de ese recurso constaba en el Registro el carácter de vivienda unifamiliar de la que es objeto de división horizontal.

En el caso del presente expediente los actos que se formalizan son la ampliación de obra nueva en dos viviendas y su división horizontal —«tumbada»— en elementos susceptibles de aprovechamiento independiente. En el caso de este expediente resulta acreditada la antigüedad de las construcciones por certificación técnica, por lo que se cumple el plazo mínimo de cuatro años que resultaría exigible para la aplicación del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo en la Comunidad de Madrid —cfr. artículo 195 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo—. Sin embargo, no solo se pretende la declaración de nuevas construcciones o la ampliación de las mismas, lo que estaría amparado en el régimen del artículo 28.4 citado, sino la división horizontal «tumbada» de los elementos constructivos resultantes. Ello plantea la cuestión relativa a la incidencia de dicha configuración sobre la unidad de parcela, con independencia del régimen de asimilado a fuera de ordenación en que puedan encontrarse las edificaciones realizadas.

Aunque en principio en la propiedad horizontal urbana se supone que no se produce un fraccionamiento del suelo, dado que este se mantiene como elemento común, los Tribunales han advertido de que puede encubrir en algunos casos situaciones de fraude, pues bajo la apariencia formal de una propiedad horizontal tumbada se pueden esconder auténticas segregaciones o divisiones de terreno, proscritas por la ley. De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, en el ámbito de la legislación sustantiva madrileña, resulta exigible licencia a efectos de inscripción tanto para la declaración de nuevas construcciones, como para su división horizontal en la medida que suponga una alteración del uso de la edificación para pasar de una vivienda unifamiliar a otra de tipo colectivo, sea en la misma planta o en nuevas plantas. Adicionalmente, también será exigible,

como se deduce de la propia resolución de 12 de abril de 2011, antes citada, cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que puede suponer un acto equiparado a parcelación o a «cualesquiera otros actos de división» de parcelas o terrenos.

Se trata de una configuración que perfectamente puede equipararse a «cualesquiera otros actos de división de fincas» contemplados en la repetida previsión «in fine» del apartado a) del artículo 151.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid en relación con el artículo 26.2 de la Ley estatal, y, por lo tanto, sujeta a la exigencia de licencia urbanística a efectos de inscripción o, en su caso, declaración de innecesariedad de la misma, por considerar el órgano competente que no se trate de un acto de parcelación o división sujeto legamente a licencia.

No cabe invocar la doctrina de la resolución de 17 de octubre de 2014, seguida por las de 5 y 26 de mayo de 2015, 5 de mayo de 2016 y 7 de marzo y 2 de agosto de 2017, pues por un lado, todas estas resoluciones siguen partiendo de la exigencia de un título administrativo habilitante de la inscripción, en lo que se refiere a los actos de división de suelo, a diferencia de los edificatorios. Sin perjuicio de que tal título habilitante pueda ser la declaración administrativa del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, procediendo entonces la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

Resolución de 25-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro de la Propiedad de Infiesto.

HERENCIA: DERECHO DE TRANSMISIÓN Y LEGITIMARIOS DEL TRANSMITENTE.

Esta Dirección General ha tenido que abordar en numerosas ocasiones (cfr., entre las más recientes, las resoluciones de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018) cuestiones planteadas por el denominado derecho de transmisión que, en nuestro sistema sucesorio, está recogido en el artículo 1006 del Código Civil. El mismo señala que «por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasará a los suyos el mismo derecho que él tenía».

La doctrina de este Centro Directivo, ha plasmado la postura de la STS de 11 de septiembre de 2013 en resoluciones como las de 26 de marzo y 11 de junio de 2014, y más recientemente en las de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018. En estas tres últimas se expresa que «los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de este a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quiénes son los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente, no por la sucesión del primer causante».

Por otro lado, y como circunstancia especialmente reseñable en el presente caso, confluyen como interesados en los derechos sucesorios del transmitente, por un lado, un heredero universal, y por otro, un legitimario en la cuota legal usufructuaria. Tal y como se ha analizado en la jurisprudencia de nuestro alto tribunal, y así se ha seguido en la doctrina de este Centro Directivo, la aceptación de la condición de heredero y el ejercicio del «ius delationis» en su favor creado

solo puede reconocerse al designado —ya sea por voluntad del testador, ya por disposición de ley— como tal heredero.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en la citada resolución de 22 de enero de 2018, sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «ius delationis» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dicha resolución, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios, ya hayan sido beneficiados como tales a título de herencia, legado o donación. Indudablemente, el llamado como heredero por el transmitente —o por la ley— está sujeto a las limitaciones legales o cargas en que consisten las legítimas. Por todo ello, concluyó este Centro Directivo que en la partición de la herencia del primer causante era necesaria la intervención de la legitimaria descendiente del transmitente. Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «ius delationis» también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1000.1.º del Código Civil).

Resolución de 25-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 8.

RECURSO GUBERNATIVO: PLAZO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: INDEPENDENCIA DEL REGISTRADOR. BASE GRÁFICA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en el artículo 30, apartados 4 y 5 de la citada Ley 39/2015 dice: «4. Si el plazo se fija en meses o años, estos se computarán a partir del día siguiente a aquel en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate, o desde el siguiente a aquel en que se produzca la estimación o desestimación por silencio administrativo. El plazo concluirá el mismo día en que se produjo la notificación, publicación o silencio administrativo en el mes o el año de vencimiento. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes. 5. Cuando el último día del plazo sea inhábil, se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente». Como ya ha señalado esta Dirección General, el recurso se entiende correctamente interpuesto si se presenta por vía administrativa (Correos u otros órganos públicos competentes) incluso el último día de plazo, aunque acceda al Registro de la Propiedad correspondiente días después.

También con carácter previo hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo según la cual la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la

inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

Como ha 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.

Conforme al nuevo artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria, en toda operación de agrupación de fincas debe aportarse y la inscripción habrá de contener, necesariamente, «la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices». En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. Por tanto, las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria. También se ha reiterado innumerables veces que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

En el presente caso resultan claramente justificadas en la calificación las dudas de identidad que impiden la inscripción del exceso por coincidir dicho exceso con determinadas fincas inscritas a favor del mismo demandado, que se identifican con total precisión en la calificación, incluyendo planos identificativos de la situación de las fincas afectadas.

Por todo lo expuesto es necesario obtener el consentimiento del titular de las fincas afectadas por la rectificación de superficie que pretende inscribirse sin que pueda presumirse dicho consentimiento, como pretende el recurrente, por el hecho de que se trate de fincas del mismo demandado y este se allanase a la demanda o que esta se refiriese a la totalidad del edificio existente sobre el inmueble.

Resolución de 25-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro de la Propiedad de Cullera.

COSTAS: DESLINDE.

La segunda nota de calificación (de fecha 5 de diciembre de 2017) no podía ser la misma: primero, por cuanto declara en distinta fecha no subsanados los defectos a la vista de la nueva documentación aportada; pero sobre todo, y segundo, porque la contención versa ahora no ya sobre la existencia del defecto antiguo sino sobre la habilidad del nuevo documento presentado (que incluye la Orden Ministerial de aprobación del deslinde) para subsanar el apreciado en la primera nota.

Conforme al artículo 31 del Reglamento y con el apartado 2 del artículo 13 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, se contempla la doble hipótesis de que la finca que conforme al deslinde aprobado pertenezca al dominio público marítimo-terrestre esté previamente inmatriculada o no lo esté. En este segundo

caso se prevé que la resolución de aprobación del deslinde es título suficiente para la inmatriculación de la finca (como bien de dominio público) a favor de la Administración. En el primer caso, es decir cuando la finca declarada por la resolución de aprobación del deslinde como demanial esté previamente inmatriculada, en el caso de que dicha inmatriculación no se haya practicado a favor de la propia Administración y como bien de dominio público marítimo-terrestre, procederá la rectificación de las situaciones jurídico-registrales contradictorias con el deslinde, rectificación que deberá tener lugar en «la forma y condiciones que se determinen reglamentariamente».

Dado que en el caso objeto del presente expediente el deslinde fue aprobado por resolución de 27 de octubre de 2010, fecha anterior a la entrada en vigor de la citada Ley 2/2013, de 29 de mayo, la regulación de la rectificación de las situaciones registrales contradictorias con el deslinde aprobado se rigen por las previsiones que al respecto se contenían en el Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento general para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (posteriormente derogado por el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre).

Según afirma el registrador en su informe, la citada comunicación de 11 de febrero de 2011, junto con su documentación complementaria incluida la orden de aprobación del deslinde y planos complementarios, se presentaron en el Registro el día 15 de febrero de 2011, bajo el asiento de presentación 466 del Diario 60, y fue objeto de calificación negativa el 3 de marzo siguiente, sin que dicha calificación fuera objeto de recurso alguno, decayendo el citado asiento de presentación por el transcurso del plazo de vigencia del mismo, agotada la oportuna prórroga. En cuanto a las comunicaciones precedentes (sobre comunicación de listados de titulares y de solicitud de anotaciones preventivas), como señala asimismo el registrador en su informe, fueron objeto de sus correlativos procedimientos registrales autónomos, sin que, una vez agotados los mismos sin llegar a causar las anotaciones preventivas entonces interesadas, quepa ahora alterar las bases documentales que deben delimitar el ámbito de la calificación, que no son otras que la documentación ahora presentada (no las presentadas en fechas pretéritas con ocasión de anteriores procedimientos registrales) y los asientos vigentes del historial registral de la finca al tiempo de emitirse la calificación ahora combatida. Ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo, en base al mismo fundamento legal (por todas, resoluciones de 23 de diciembre de 2010, 7 de septiembre de 2015, 14 de diciembre de 2016 y 17 de febrero de 2017), que en la tramitación del expediente de recurso no pueden ser tomados en consideración documentos no calificados por el registrador. En consecuencia, no procede llevar a cabo un pronunciamiento en relación con documentos que no se pusieron a disposición del registrador de la propiedad al tiempo de llevar a cabo su calificación ni a asientos registrales que o bien hubieran caducado o bien no hubieran llegado a practicarse a la fecha de la calificación recurrida, por el mismo fundamento que no pudieron tomarse en consideración en la propia calificación.

Es igualmente reiterada la doctrina de este Centro Directivo (vid. por todas, resolución de 23 de enero de 2017) 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.

Corresponde al registrador, dentro de los límites de su función calificadora de los documentos administrativos, examinar, entre otros extremos, la observancia de los trámites esenciales del procedimiento seguido, a fin de comprobar el cumplimiento de las garantías que para los particulares están establecidas por las leyes y los reglamentos, con el exclusivo objeto, como tiene declarado este Centro Directivo, de que cualquier titular registral no pueda ser afectado si, en el procedimiento objeto de la resolución, no ha tenido la intervención prevista por la Ley, evitando que el titular registral sufra, en el mismo Registro, las consecuencias de una indefensión procesal, y en este sentido —como una garantía más del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva— debe ser entendido el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, en congruencia con los artículos 1, 20 y 40 de la Ley Hipotecaria. Esta doctrina no supone desconocer que a la calificación de los actos y documentos administrativos, de modo coherente con su presunción de validez y eficacia —artículo 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas— y la propia potestad administrativa de autotutela.

La rectificación registral se practica conforme indica el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que contempla diversos supuestos que pueden originar la inexactitud del Registro que debe repararse. No obstante, en los casos de error, si este proviene de la tramitación de un expediente administrativo, cabría admitir en principio la rectificación del expediente que dio lugar a la resolución administrativa que sirvió de título inscribible, siempre que se realice a través del cauce legalmente determinado al efecto. No es, por tanto, inexcusable siempre y en todo caso el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas.

Resolución de 25-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 6.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: TRACTO ABREVIADO EN LOS CASOS DE DERECHO DE TRANSMISIÓN.

Estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

En cuanto al citado requisito del tracto sucesivo, ningún inconveniente existe para aplicar en este ámbito el principio del tracto sucesivo en su modalidad de tracto abreviado o comprimido. En estos casos de tracto abreviado, salvo en este limitado sentido formal, no se produce excepción alguna al principio del tracto, entendido en su vertiente material como la exigencia de un enlace o conexión entre el titular registral y el nuevo titular según el título que pretende su acceso al Registro, extremo que habrá de ser en todo caso calificado y exigido por el registrador.

El penúltimo párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando en una partición de herencia, verificada después del fallecimiento de

algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de este los bienes que a aquel correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas». Según la doctrina, este párrafo está haciendo referencia al derecho de transmisión. En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en la sentencia de 11 de septiembre, al señalar que el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código Civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del *ius delationis* en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero trasmisario. Esta misma tesis ha seguido la doctrina de este Centro Directivo, en resoluciones como las de 26 de marzo y 11 de junio de junio de 2014, y más recientemente de 26 de julio de 2017 y 22 de enero y 12 de marzo de 2018.

Con base en lo expuesto queda justificado el tracto abreviado sin necesidad de otorgamiento de ninguna otra escritura.

Resolución de 7-5-2018

(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1.

SEGREGACIÓN: NECESIDAD DE LICENCIA Y APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DEL SUELO.

A la hora de estudiar el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro de un documento público que acredita la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha en que la legislación aplicable no exigía licencia para la misma o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales, esta Dirección General ha sostenido 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.

Ciertamente, se trata de una doctrina que permite compatibilizar, por un lado, el reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente por los propietarios y, en principio, consolidados desde un punto de vista urbanístico —vid. el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, sobre el fundamento de la reforma del artículo 20 de la anterior Ley de Suelo—, con la función preventiva que desempeñan tanto notarios como registradores en el control de legalidad urbanística de los actos de parcelación. Pero la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo a los actos de división o segregación debe ser matizada diferenciando entre los actos relativos a edificaciones o elementos integrantes de edificaciones y los actos afectantes al suelo, la parcelación pro-

piamente dicha. Para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

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. Como se ha señalado anteriormente, la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo a los actos de parcelación en relación con la norma registral temporalmente aplicable al tiempo de la presentación en el Registro de la escritura de segregación, esto es, el artículo 26 de la Ley de Suelo, requiere aportar un título administrativo habilitante, ya sea licencia o la declaración municipal de su innecesariedad o una declaración de la Administración competente acerca de la efectiva prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística infringida.

Respecto de las alegaciones del notario relativas al carácter urbano de la finca, lo que a su juicio resulta acreditado por la certificación catastral, se reitera lo manifestado por esta Dirección General en resolución de 19 de febrero de 2018, en el sentido de afirmar que la condición urbana o rústica de una finca depende de la normativa que se tenga en consideración en orden a su aplicación al caso concreto. La existencia de parcelas catastrales urbanas identificadas dentro de la finca descrita como rústica, por la existencia de distintas edificaciones, no obsta a la posible clasificación de la misma enteramente como suelo no urbanizable o, en la terminología de la Ley 19/1995, como finca rústica, justificando por ello la aplicación de tal normativa. Ha de considerarse, en los términos expuestos, que la certificación catastral descriptiva y gráfica puede ser un documento idóneo al objeto de acreditar la naturaleza rústica o urbana de un inmueble (art. 7 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), si bien es requisito necesario para ello que haya sido establecida por el registrador de la propiedad la correspondencia con la finca registral. En caso contrario, las dudas de identidad que pueda oponer, de acuerdo con la normativa específica, artículo 45 de la Ley del Catastro, deben ser expuestas motivadamente en la nota de calificación.

En resumen, no cabe confundir la naturaleza con que se describe la finca en el título conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y que puede basarse en la certificación catastral, cuya correspondencia puede calificar el registrador, con la clasificación y calificación urbanística acreditada por certificación municipal a la que también se refiere el artículo 9, y que, como se ha expuesto, puede coincidir o no con aquella, aunque ambas puedan hacerse constar en el asiento.

Afirmada 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. Corresponde a la Administración agraria apreciar la posible concurrencia de las excepciones

reguladas en el actual artículo 25 de la Ley 19/1995. En el suelo rústico, las prohibiciones que le afectan, tanto la vulneración de la unidad mínima de cultivo, como la parcelación de tipo urbanístico, que puede deducirse en ocasiones de actos posteriores, deben considerarse cumulativas, como confirma la propia legislación urbanística aplicable en su artículo 32 —cfr. también las sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2002 y 28 de junio de 2012—.

Resolución de 7-5-2018

(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 1.

SEGREGACIÓN: NECESIDAD DE LICENCIA Y APLICACIÓN ANALÓGICA DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY DEL SUELO.

A la hora de estudiar el problema de derecho intertemporal que plantea la presentación en el Registro de un documento público que acredita la práctica de una división realizada con anterioridad a la legislación que actualmente la regula, y que se produjo en fecha en que la legislación aplicable no exigía licencia para la misma o que, exigiéndola, no resulta acreditada, pero puede considerarse prescrita la facultad de restablecimiento de legalidad urbanística, al menos, a efectos registrales, esta Dirección General ha sostenido 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.

Ciertamente, se trata de una doctrina que permite compatibilizar, por un lado, el reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente por los propietarios y, en principio, consolidados desde un punto de vista urbanístico —vid. el Preámbulo del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, sobre el fundamento de la reforma del artículo 20 de la anterior Ley de suelo—, con la función preventiva que desempeñan tanto notarios como registradores en el control de legalidad urbanística de los actos de parcelación. Pero la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley de Suelo a los actos de división o segregación debe ser matizada diferenciando entre los actos relativos a edificaciones o elementos integrantes de edificaciones y los actos afectantes al suelo, la parcelación propiamente dicha. Para inscribir escrituras públicas de división o segregación de fincas es preciso acreditar a los efectos del artículo 26 de la Ley estatal de Suelo —norma registral temporalmente aplicable— la oportuna licencia o declaración de innecesariedad o, para el supuesto de parcelaciones de antigüedad acreditada fehacientemente, podrá estimarse suficiente, como título administrativo habilitante de la inscripción, la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación

o similar, conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo.

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. Como se ha señalado anteriormente, la aplicación analógica del artículo 28.4 de la Ley estatal de Suelo a los actos de parcelación en relación con la norma registral temporalmente aplicable al tiempo de la presentación en el Registro de la escritura de segregación, esto es, el artículo 26 de la Ley de Suelo, requiere aportar un título administrativo habilitante, ya sea licencia o la declaración municipal de su innecesariedad o una declaración de la Administración competente acerca de la efectiva prescripción de la acción administrativa para restablecer la legalidad urbanística infringida.

Respecto de las alegaciones del notario relativas al carácter urbano de la finca, lo que a su juicio resulta acreditado por la certificación catastral, se reitera lo manifestado por esta Dirección General en resolución de 19 de febrero de 2018, en el sentido de afirmar que la condición urbana o rústica de una finca depende de la normativa que se tenga en consideración en orden a su aplicación al caso concreto. La existencia de parcelas catastrales urbanas identificadas dentro de la finca descrita como rústica, por la existencia de distintas edificaciones, no obsta a la posible clasificación de la misma enteramente como suelo no urbanizable o, en la terminología de la Ley 19/1995, como finca rústica, justificando por ello la aplicación de tal normativa. Ha de considerarse, en los términos expuestos, que la certificación catastral descriptiva y gráfica puede ser un documento idóneo al objeto de acreditar la naturaleza rústica o urbana de un inmueble (art. 7 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario), si bien es requisito necesario para ello que haya sido establecida por el registrador de la propiedad la correspondencia con la finca registral. En caso contrario, las dudas de identidad que pueda oponer, de acuerdo con la normativa específica, artículo 45 de la Ley del Catastro, deben ser expuestas motivadamente en la nota de calificación.

En resumen, no cabe confundir la naturaleza con que se describe la finca en el título conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria, y que puede basarse en la certificación catastral, cuya correspondencia puede calificar el registrador, con la clasificación y calificación urbanística acreditada por certificación municipal a la que también se refiere el artículo 9, y que, como se ha expuesto, puede coincidir o no con aquella, aunque ambas puedan hacerse constar en el asiento.

Afirmada 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. Corresponde a la Administración agraria apreciar la posible concurrencia de las excepciones reguladas en el actual artículo 25 de la Ley 19/1995. En el suelo rústico, las prohibiciones que le afectan, tanto la vulneración de la unidad mínima de cultivo, como la parcelación de tipo urbanístico, que puede deducirse en ocasiones de actos posteriores, deben considerarse cumulativas, como confirma la propia legislación urbanística aplicable en su artículo 32 —cfr. también las sentencias de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2002 y 28 de junio de 2012—.

Resolución de 7-5-2018

(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 2.

HIPOTECA UNILATERAL: CANCELACIÓN.

La hipoteca unilateral una vez inscrita ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario. Se crea mediante la inscripción de la escritura de constitución un derecho potestativo o de modificación jurídica desde el lado del acreedor y una oferta vinculante desde el lado del constituyente en los términos que resultan del Registro. Por ello la hipoteca tal y como está configurada e inscrita ha de entenderse que recoge ya todos los elementos requeridos para su constitución, sin perjuicio de los efectos que se deriven de la aceptación.

Es doctrina de este Centro Directivo (vid. las resoluciones de 4 de abril de 1991, 23 de octubre de 2008 y 4 de marzo de 2010) que, conforme a los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario, no es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, se empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren, ya que para que empiece a correr este plazo se necesita una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó.

Resolución de 8-5-2018

(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 3.

ARRENDAMIENTO URBANO: DESISTIMIENTO DEL ARRENDATARIO Y PRÓRROGAS.

Señala la registradora, como primer defecto, que no se establece una duración determinada del contrato ya que aun previendo una duración de cincuenta y cinco años, se establece que el arrendatario puede en cualquier momento resolver el contrato, de manera que su vigencia queda al arbitrio de su voluntad, lo que colisiona con el artículo 1256 del Código Civil. El artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos establece que el arrendatario podrá desistir del contrato de arrendamiento una vez que hayan transcurrido al menos seis meses, siempre que lo comunique al arrendador con una antelación mínima de treinta días. En consecuencia, la resolución unilateral del contrato no es absolutamente libre por lo que su vigencia no queda al arbitrio de la voluntad del arrendatario. Por lo tanto, debe revocarse este defecto señalado.

En el contrato, se ha pactado que las partes pueden prorrogarlo por período de igual duración al pactado, salvo que cualquiera de ellas decida darlo por terminado, avisando a la otra por escrito con dos meses de antelación. Ciertamente que como alega el recurrente, la interpretación de la expresión «las partes podrán prorrogar el presente contrato», supone una confluencia de voluntades, lo que excluye cualquier imposición de una a la otra y por lo tanto conlleva el carácter

potestativo y no forzoso de la prórroga, y en consecuencia, no implica el carácter indefinido del contrato.

Resolución de 8-5-2018
(BOE 23-5-2018)
Registro de la Propiedad de Mazarrón.

HIPOTECA: LIBERACIÓN DE UNA DE LAS FINCAS AFECTADAS CUANDO LA FINCA MATRIZ SE HA DIVIDIDO SIN DISTRIBUIR LA RESPONSABILIDAD HIPOTECARIA.

Con carácter previo hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo (vid. resoluciones de 11 de enero de 2016 y 17 de enero y 31 de agosto de 2017) según la cual la subsanación del defecto y la práctica en su caso de la inscripción solicitada no son obstáculo para la interposición del recurso contra la calificación del registrador.

Entrando en el fondo de la cuestión debatida en este recurso, hay que recordar que, como ha señalado este Centro Directivo (por todas, vid. resolución de 15 de junio de 1993), en principio, queda prohibida en nuestro Derecho la constitución de hipotecas solidarias. Este rechazo de las hipotecas solidarias sufre, no obstante, una excepción (determinada por la necesidad de mantener indemne al acreedor frente a los actos relativos a la finca hipotecada, en los que no interviene —vid. art. 405 del Código Civil—) en el caso de división o segregación de la finca hipotecada realizada unilateralmente por su propietario, sin acordar con el acreedor la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre las diversas fincas resultantes. Resulta entonces que un mismo gravamen hipotecario afecta a las diversas fincas resultantes de tal modo que el acreedor hipotecario puede, a su elección, exigir «la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez» (cfr. art. 123 de la Ley Hipotecaria), al modo que el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente (cfr. arts. 1084, 1144 y 1837 del Código Civil).

El acreedor puede, si quiere, renunciar a sus derechos sobre cualesquiera de las diversas fincas. Pero esta renuncia no puede tener, sobre esa finca, como efecto la cancelación de un derecho real —el de hipoteca— que, por lo dicho y mientras la hipoteca subsista sobre las demás fincas, no solo confiere facultades al acreedor, sino también a los demás dueños (por analogía, el art. 1146 del Código Civil). Para la liberación de una de las fincas y cancelación parcial de la hipoteca total, se requerirá «además del consentimiento del acreedor, la conformidad de los que en el Registro aparezcan como adquirentes, con posterioridad a la constitución de la hipoteca, de las fincas procedentes de la división de la primitiva, a excepción de los dueños de aquellas cuyo gravamen sea totalmente cancelado, ya que, en caso contrario, por el juego de la solidaridad resultante de los artículos 122 y 123 de la Ley Hipotecaria, puede concentrarse el gravamen en forma arbitraria e incluso desproporcionada, sobre alguna finca, con evidente perjuicio de su titular».

En el caso de la escritura de compraventa con subrogación, en cuyo otorgamiento intervienen las tres partes citadas, las operaciones formalizadas y consentidas, son, además de la compraventa y de la posterior novación de la hipoteca, la subrogación del comprador en la obligación personal garantizada por la

hipoteca con correlativa liberación del vendedor, efecto contractual que se suma al efecto legal generado automáticamente por la propia venta consistente en la subrogación del adquirente en la responsabilidad real derivada de la hipoteca, conforme al artículo 118, párrafo primero, de la Ley Hipotecaria. Para liberar dicha finca de tal responsabilidad ha sido preciso otorgar la posterior escritura de cancelación, cancelación sin la cual el dueño de la misma está en relación con la obligación personal garantizada en una situación similar a la del hipotecante por deuda ajena o a la del tercer poseedor que haya adquirido la finca gravada sin subrogarse en dicha obligación. En tales casos, al comprador que ha devenido propietario del resto de la finca matriz, y que se ha subrogado en la total obligación personal garantizada por la hipoteca, le resulta ya indiferente que el derecho real de hipoteca siga recayendo o no sobre la finca segregada. El único perjuicio o merma patrimonial derivada de la cancelación es el que sufre el banco acreedor.

Resolución de 8-5-2018

(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Caldas de Reis.

SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD DE UNA INSCRIPCIÓN: EFECTOS RESPECTO DE LAS INSCRIPCIONES POSTERIORES.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, apoyada en la de nuestro Tribunal Supremo en la sentencia relacionada en el «Vistos», que el registrador puede y debe calificar si se ha cumplido la exigencia de tracto aun cuando se trate de documentos judiciales, ya que precisamente el artículo 100 del Reglamento Hipotecario permite al registrador calificar del documento judicial «los obstáculos que surjan del Registro», y entre ellos se encuentra la imposibilidad de practicar un asiento registral si no ha sido parte o ha sido oído el titular registral en el correspondiente procedimiento judicial.

Reiterando una asentadísima doctrina, este Centro Directivo ha afirmado en su resolución de 2 de agosto de 2014, que está claro que la declaración de nulidad de una escritura pública u otro título formal en un procedimiento judicial, en el que no han sido parte los titulares de titularidades y cargas posteriores (y que, en su caso, no fue objeto de anotación preventiva de demanda de nulidad con anterioridad a la inscripción de tales cargas o derechos), no puede determinar su cancelación automática.

Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de nulidad con anterioridad a los mismos— es necesario que al menos hayan sido emplazados en el procedimiento y que hayan sido vencidos en dicho procedimiento, lo que en este caso no ha tenido lugar en relación con la entidad titular de la concesión administrativa inscrita bajo la inscripción 2.^a de la finca litigiosa, pues si bien, como se ha dicho, fue llevada al procedimiento al extenderse contra la misma la demanda que principió el procedimiento, sin embargo el resultado de este en relación con dicha entidad fue su absolución con desestimación de todas las pretensiones contra la misma.

Congruentemente con la doctrina sentada por el TS, este Centro Directivo, sin descuidar desde antiguo la importancia de la rogación en nuestro sistema

(vid. resoluciones de 13 de septiembre de 1926 y 22 de diciembre de 1933), ha afirmado, ya desde la resolución de 11 de febrero de 1998 que la falta de expresión en el título presentado ante el registrador de la solicitud explícita de los asientos cuya cancelación se pretende no constituye una violación de aquel principio pues la sola presentación en el Registro (art. 6 de la Ley Hipotecaria), lleva implícita la solicitud de la práctica de todos los asientos que puedan practicarse siendo incumbencia del registrador la determinación de cuales sean estos (resolución de 20 de julio de 2006). Dicha doctrina general es perfectamente compatible con la que sostiene que 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.

Partiendo de la base de la inviabilidad jurídica de proceder a la cancelación, en las circunstancias y términos señalados, de la inscripción 2.^a de concesión administrativa a favor de su actual titular registral, de tal premisa se desprende igualmente la consecuencia de la imposibilidad de proceder a la anulación y cancelación total de la inscripción 1.^a de dominio de la finca, con correlativa desinmatriculación de la finca (pues sin prejuzgar ahora sobre la virtud inmatriculadora que a determinadas concesiones administrativas reconoce el art. 301 del Reglamento Hipotecario, ello solo es posible vinculando tales concesiones a fincas concretas —vid. artículo 31 del Reglamento Hipotecario—, condición que en este caso no se cumpliría), lo que lleva a afirmar la improcedencia de estimar el recurso y la procedencia de confirmar la calificación de la registradora de la propiedad.

A fin de preservar la intangibilidad de los derechos de los titulares de los derechos reales (en este caso los derechos de la entidad concesionaria) no afectados por la nulidad de la titularidad dominical a través de la que se inmatriculó la finca, la cancelación de esta se ha de acompañar simultáneamente de la inscripción del título dominical que haya vencido en el pleito en que se declaró la nulidad del inscrito. Situación a la que resulta aplicable el criterio de la citada resolución de 24 de febrero de 2001 previendo como solución, hasta el cumplimiento de tal requisito, la de la inscripción de la nulidad de la titularidad dominical previamente inscrita (sin formal cancelación del asiento inmatriculador) «a fin de evitar que el Registro siga abierto a nuevos actos dispositivos que, fraudulentamente y amparados en su apariencia tabular, pudieran celebrar posteriormente los titulares registrales de dicha inscripción»; solución a la que, como se ha indicado, se acogió la registradora en el caso objeto del presente expediente.

Resolución de 9-5-2018

(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Iznalloz.

INMATRICULACIÓN: APLICACIÓN DE LA NORMATIVA DE UNIDADES MÍNIMAS DE CULTIVO.

Una de las modificaciones más importantes que introduce la Ley 19/1995, de 4 de julio, norma actualmente vigente, es la revisión del sistema de retracto de colindantes contenido en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, para sancionar con nulidad el fraccionamiento de fincas cuando dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. El nuevo régimen se disciplina en los artículos 23 a 27 de la Ley. La Sala Civil del Tribunal Supremo ha declarado

que la sanción de nulidad establecida por el artículo 24.2 citado «se postula con carácter absoluto e insubsanable».

Es conocida, por otra parte, la polémica doctrinal y jurisprudencial relativa a la aplicabilidad de la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958, antes referida, a las comunidades autónomas que no han fijado de modo especial la superficie de las unidades mínimas. En el caso de Andalucía, el auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 7 de marzo de 1996, resolviendo un recurso gubernativo, se refiere de modo concreto a la vigencia de la Orden Ministerial de 27 de mayo de 1958. Posteriormente, la Junta de Andalucía ha venido a dictar la resolución de 4 de noviembre de 1996 de la Dirección General de Desarrollo rural y Actuaciones Estructurales, por la que aprueba provisionalmente las superficies mínimas de cultivo en su ámbito territorial, para despejar las dudas planteadas sobre la vigencia de la citada Orden Ministerial, y que es actualmente de aplicación en dicha comunidad.

El artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, como se ha expuesto, establece que el registrador remitirá copia de los documentos presentados a la Administración agraria competente para que adopte el acuerdo pertinente sobre nulidad del acto o sobre apreciación de las excepciones de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, y como expresa la resolución de esta Dirección General de 10 de enero de 2017, si la comunidad autónoma, a través de sus órganos competentes, afirma que las segregaciones documentadas son inválidas por no respetarse la prohibición de divisiones y segregaciones inferiores a la unidad mínima de cultivo correspondiente, no puede procederse a la inscripción, sin perjuicio de que el interesado pueda obtener un pronunciamiento diferente de la Administración sobre la procedencia de las excepciones del artículo 25 de la Ley 19/1995, mediante la presentación de alegaciones o pruebas complementarias en el seno del procedimiento administrativo iniciado por la comunicación registral, o mediante los recursos pertinentes, o incluso, mediante nueva presentación del documento en el Registro de la Propiedad, actuando de nuevo como previene el citado artículo 80 de las normas complementarias al Reglamento Hipotecario.

Ciertamente, cabe reconocer, como apunta la recurrente, que tanto la normativa sustantiva como la registral en materia de unidades mínimas de cultivo se refieren a los actos de segregación o división de fincas rústicas, sancionando la nulidad de aquellos que se realicen con vulneración de la unidad mínima fijada por la norma. Por tanto, en principio, no pueden considerarse aplicables tales normas a otros actos o negocios jurídicos, singularmente la transmisión de propiedad, aunque tengan por objeto fincas de dimensión inferior a la unidad mínima de cultivo. No obstante, la propia normativa sustantiva permite justificar la aplicación de su régimen prohibitivo no solo a los actos formales de división o segregación, sino a todos «los actos o negocios jurídicos, sean o no de origen voluntario, por cuya virtud se produzca la división de dichas fincas en contravención de la unidad mínima». En consecuencia, conforme a una interpretación sistemática de la normativa específica y el régimen jurídico básico del suelo rural, cabe afirmar la aplicabilidad de la norma sustantiva y el precepto en sede registral, artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, a cualquier acto o negocio jurídico, sea cual sea la forma jurídica que adopte, en cuya virtud se produzca una división o segregación de finca rústica que dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo correspondiente.

Aplicando esta doctrina al supuesto de calificación registral de la inmatriculación de fincas rústicas de dimensión inferior a la unidad mínima de

cultivo, el registrador deberá iniciar el procedimiento descrito en el artículo 80 del Real Decreto 1093/1997, norma registral aplicable al tiempo de la presentación, cuando de los títulos públicos presentados, con independencia de su fecha, y de la consulta al Catastro resulte fehacientemente que la finca que se pretende inmatricular procede de otra mayor, aunque no se formalice documentalmente una división o segregación. Fuera de este supuesto, procederá la inmatriculación de finca rústica de dimensión inferior a la unidad mínima de cultivo sin que quepa iniciar el procedimiento señalado, y no cabe admitir a estos efectos las meras sospechas o conjeturas o la exigencia de una prueba del hecho negativo de que «no se ha formado por división o segregación de otra mayor».

Resolución de 9-5-2018
(BOE 23-5-2018)

Registro de la Propiedad de Torrevieja, número 3.

RECURSO GUBERNATIVO: OBJETO. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

No puede ahora valorarse si la aportación, con el escrito de recurso, de la escritura de ratificación y adjudicación parcial de herencia que no se presentó en el momento de la calificación impugnada es suficiente para la subsanación del defecto referido, pues el recurso no es la vía adecuada para tratar de subsanar los defectos apreciados por el registrador.

Es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 de la Ley Hipotecaria). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria).

Resolución de 10-5-2018
(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de A Coruña, número 1.

SUSTITUCIÓN EJEMPLAR: EFECTO DEL TESTAMENTO OTORGADO POR EL INCAPAZ ANTES DE SER INCAPACITADO.

El Tribunal Supremo ha entendido que la sustitución ejemplar comprende todo el patrimonio del sustituido y no solo los bienes y derechos dejados a este por el sustituyente. Según la sentencia de 14 de abril de 2011, «la sustitución tanto pupilar como ejemplar, comprende el patrimonio entero de sustituido —hijo menor o incapaz— y no solo el recibido del sustituyente, lo cual podría hacerse sencillamente mediante la sustitución fideicomisaria. El alcance amplio del contenido de la sustitución ejemplar ha sido mantenido por la sentencia, la primera,

de 6 de febrero de 1907, que es reiterada por la de 26 de mayo de 1997 (...). Esa misma regla es la establecida en el artículo 425-10 del Código Civil de Cataluña.

La cuestión central que se debate en este expediente es si el testamento otorgado por la sustituida antes de ser judicialmente incapacitada —anterior también al otorgado por la sustituyente— impide o no la eficacia de la sustitución ejemplar. Se trata de una cuestión que no está prevista en la regulación del Código Civil. Y en la doctrina no existe una opinión unánime.

En el presente caso, la concreta cuestión planteada puede solventarse atendiendo a la «ratio» del precepto legal examinado y a su interpretación lógica y sistemática: si conforme al testamento otorgado por la sustituida en el año 1979, antes de su incapacitación en 1990, instituyó heredera a su madre, sustituida para el caso de premoriencia por su tía carnal, y ninguna de estas ha sobrevivido a la testadora, debe entenderse que al fallecimiento de esta no existe testamento (vid. art. 912.3.o del Código Civil, según el cual la sucesión legítima tiene lugar cuando el heredero muere antes que el testador) a los efectos de la entrada en juego de la sustitución ejemplar ordenada en el testamento de la madre. Por ello, esta institución por vía de sustitución debe reputarse plenamente eficaz.

Resolución de 10-5-2018

(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 32.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD EX ARTÍCULO 82 LH.

En el supuesto al que se refiere este recurso se presenta en el Registro de la Propiedad una instancia mediante la cual se solicita, conforme al párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, la cancelación por caducidad de una hipoteca constituida en garantía de un préstamo, destinado a financiar la construcción y venta de un edificio en régimen de propiedad horizontal en Madrid.

Aun siendo correctas las afirmaciones vertidas en su nota de calificación e informe por la registradora de la propiedad, en especial la de la necesidad de constancia registral del «dies a quo» (vid. resolución de 30 de junio de 2011), es necesario analizar el alcance de todas las estipulaciones concurrentes en este supuesto concreto. Si el plazo máximo de amortización del préstamo, correspondiente al promotor, respecto de las fincas que no se hubieren vendido es de catorce años desde la fecha de la escritura de constitución de hipoteca, es razonable entender que para las que hubiere vendido, dicho plazo de amortización, correspondiente a los adquirentes, será de diez años desde la fecha de la escritura de compraventa. Esta interpretación viene reforzada, como se ha señalado anteriormente, porque en la estipulación sexta, la entidad acreedora anticipa su consentimiento para que la transmisión de las fincas por parte del promotor, que no se condiciona en modo alguno, implique automáticamente la subrogación de los distintos adquirentes en el cumplimiento de la obligación personal garantizada con la finca que cada uno compre, claro está, si esa es su voluntad.

En el caso de la inscripción del derecho real de hipoteca la caducidad del asiento tendrá lugar a los veintidós años de su fecha: los veinte de la prescripción de la acción hipotecaria (art. 128 de la Ley Hipotecaria) más el año añadido por el citado párrafo del artículo 82 (vid. resoluciones de 29 de septiembre de 2009 y 10 de enero de 2014). En consecuencia, en el presente supuesto, y a la vista de los datos obrantes en el expediente, debe entenderse que no concurre el presupuesto

temporal de la caducidad solicitada o extinción legal, pues aun admitiendo que el «dies a quo», o día inicial del cómputo, es el 21 de enero de 1988 (fecha de la escritura de compraventa) y que la última amortización debería verificarse el 21 de enero de 1998; al tener que añadir a dicho plazo veintidós años, resulta que la fecha real de caducidad de la inscripción de hipoteca tendrá lugar el día 21 de enero de 2019, por lo que no ha transcurrido el plazo de caducidad exigido por el artículo 82, párrafo quinto, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 10-5-2018
(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD EX ARTÍCULO 82 LH.

Para que opere la cancelación por caducidad o extinción legal del derecho es necesario que haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dicha garantía o el más breve que a estos efectos se hubiera estipulado al tiempo de su constitución, contados desde el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, al que en el mismo precepto legal se añade el año siguiente, durante el cual no resulte del mismo Registro que las obligaciones garantizadas hayan sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca (resoluciones de 29 de septiembre de 2009 y 10 de enero de 2014). O bien el transcurso de los plazos que figuran en el artículo 210.1, regla octava, de la Ley Hipotecaria que se aplicarán a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias de todo tipo y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, es decir, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, siempre que hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

Resolución de 10-5-2018
(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de Madrid, número 9.

RECURSO GUBERNATIVO: PROCEDIMIENTO. ASIEN TO DE PRESENTACIÓN: INADMISIBILIDAD DE APORTACIÓN DOCUMENTO PÚBLICO POR COMPARENCIA DE PERSONA DISTINTA DEL PRESENTANTE DEL DOCUMENTO CALIFICADO. REPRESENTACIÓN: SUBSISTENCIA DEL PODER.

Conforme al artículo 326 de la LH no han de ser tenidos en consideración en este trámite los diversos documentos que el recurrente acompaña a su escrito. El registrador solo debe y puede trasladar el recurso del interesado al notario, autoridad judicial o funcionario que expidió el título. Por tanto, no pueden tenerse en cuenta las manifestaciones que ha vertido la persona destinataria de dicho traslado improcedente y que constan en el escrito que el registrador ha incorporado al presente expediente.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en relación con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. De lo que se sigue, en el caso del presente recurso, que si una mera instancia adolece de falta de forma adecuada para provocar la práctica de asiento registral alguno —ni siquiera el de presentación—, con mayor razón habrá de convenirse que esa atípica comparecencia reseñada al margen del asiento de presentación principal de cuya práctica da cuenta el registrador en la nota, menos aún podrá amparar la negativa al despacho del documento calificado, cual medida cautelar que solo en el correspondiente procedimiento judicial, de forma contradictoria, se podrá adoptar si proceden según las circunstancias del caso.

De haberse producido la extinción de la representación que sirvió de base al otorgamiento, podrían plantearse (obviamente en sede judicial) interesantes cuestiones que han sido abordadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y sobre las que sigue existiendo una nada desdeñable controversia doctrinal. En este sentido, y sin que proceda ahora teorizar sobre la distinción entre poder y mandato, cabe hacer referencia a la problemática de la posible «ultraactividad» del poder. Las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2008 y de 13 de febrero de 2014 consideran que la buena fe del apoderado es imprescindible para que el poderdante quede vinculado por el negocio representativo, sin que sea suficiente con la buena fe del tercero. Todas estas son cuestiones de evidente interés y trascendencia, que bien pudieran planear sobre el caso del presente recurso, pero deben ser sustanciadas, en el procedimiento que corresponda, ante los tribunales, en cuyo seno, igualmente, podrán decretarse medidas cautelares, o de aseguramiento, que sin duda podrán tener el oportuno reflejo tabular.

Resolución de 11-5-2018

(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de Burgos, número 4.

PROPIEDAD HORIZONTAL: MODIFICACIÓN DEL TÍTULO CONSTITUTIVO Y PRINCIPIO DE INOPONIBILIDAD.

La distinción entre actos colectivos y actos individualizados solo afecta a la forma de expresión del consentimiento de los titulares, que en los actos colectivos basta que se produzca a través de un acuerdo en junta de propietarios por unanimidad o cuasi unanimidad conforme al artículo 17 de la Ley sobre Propiedad Horizontal cuando se trata de supuestos como el presente; mientras que cuando se trata de actos individualizados se exige el consentimiento individual de los propietarios respectivos en aquello en que les afecte singularmente. Fuera de la especialidad del principio de consentimiento en relación con la forma de prestarlo en los actos colectivos, deben aplicarse los demás principios hipotecarios.

Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo (vid. resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente) según la cual en los supuestos de modificación del título constitutivo de la Propiedad Horizontal, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, la misma no puede afectar a los titulares registrales de departamentos que adquirieron con posterioridad al acuerdo de modificación

y accedieron al Registro con anterioridad a la pretensión de inscripción de la modificación del título constitutivo y ello con independencia de la formulación de los consentimientos en acto colectivo o individualizado.

El consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre Propiedad Horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente.

Resolución de 11-5-2018

(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de Ibiza, número 2.

SEGREGACIÓN: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.

Como ya se afirmó en la resolución de 2 de septiembre de 2016, el art. 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 de dicho procedimiento, en los supuestos en los que no existan diferencias superficiales o estas no superen el límite máximo del 10% de la cabida inscrita y no impidan la perfecta identificación de la finca inscrita ni su correcta diferenciación respecto de los colindantes. La falta de una remisión expresa desde el artículo 9 al artículo 199 supone que con carácter general no será necesaria la tramitación previa de este procedimiento.

Debe tenerse en cuenta el supuesto especial que para la constancia registral de la representación gráfica suponen los casos previstos en el artículo 47 del Reglamento Hipotecario. En tales casos es claro que únicamente deberá aportarse, para su constancia en el folio real, la representación gráfica correspondiente a la porción que es objeto de inscripción en cada momento (ya sea la segregada o el resto, según los casos), sin que pueda exigirse representación gráfica de otras porciones que no son objeto del título en cuestión ni causan asiento de inscripción.

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. Por otra parte, ha reiterado este Centro Directivo que siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Siguiendo la doctrina de esta Dirección General en la resolución de 13 de julio de 2017 (que si bien se refería al procedimiento del artículo 203 de la Ley Hipotecaria, es extrapolable al presente supuesto), 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. En el caso que nos ocupa no pueden considerarse fundados los motivos por los que existen las dudas de identidad, ni las razones por las que la oposición del colindante catastral debe prevalecer sobre la solicitud de la representación gráfica alternativa de la porción segregada.

Resolución de 11-5-2018

(BOE 29-5-2018)

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 3.

EXPEDIENTE DE DOMINIO DE INMATRICULACIÓN ANTERIOR A LA LEY 13/2015: INSCRIPCIÓN DE LA BASE GRÁFICA.

Debe decidirse en este expediente si es inscribible el testimonio de un auto dictado en expediente de dominio para la inmatriculación, acompañado de certificación catastral descriptiva y gráfica de fecha 24 de enero de 2008. Sin perjuicio de que la tramitación del procedimiento inmatriculador se haya realizado y deba calificarse conforme a la legislación anterior, siendo, por tanto, inscribible si cumple los requisitos de tales normas; la inscripción que se practique ya bajo la vigencia de la nueva redacción legal deberá contener las circunstancias previstas en el artículo 9 de la Ley Hipotecaria. En particular, conforme al nuevo artículo 9.b), la inscripción en casos de inmatriculación debe contener la representación gráfica georreferenciada de la finca.

Aunque se parte siempre del principio de rogación y de la obligación por parte de los interesados de suministrar los documentos que sean necesarios para la inscripción que se solicite, ello no impide que siempre que el registrador de la Propiedad tenga a su alcance determinados medios de otros Registros u Oficinas que sean fácilmente accesibles, pueda utilizarlos, aunque no esté obligado a ello, para facilitar la tramitación del procedimiento registral y aclarar algunos extremos. Si la certificación catastral aportada ofrece algunas dudas sobre un determinado dato, no hay inconveniente en que si el registrador puede acceder fácilmente a los datos del Catastro pueda tenerlos en cuenta. En definitiva, 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.

En el caso de este expediente no es precisa siquiera una solicitud expresa del interesado para que pueda procederse a obtener la certificación catastral actualizada con las coordenadas, dado que el propio interesado ya aportó una certificación catastral totalmente coincidente con la descripción de la finca en el título, por lo que debe entenderse cumplido el principio de rogación.

Cuestión distinta, no planteada por el registrador en la calificación, es que, una vez obtenida la nueva certificación catastral, los datos catastrales actualizados no se correspondan con la descripción de la finca en el título. En tal supuesto habrá que estar a la doctrina que sentó este Centro Directivo en la resolución de 12 de mayo de 2016, distinguiendo si las alteraciones catastrales sobrevenidas se deben a la modificación de la geometría de la parcela o a meras rectificaciones de los datos alfanuméricos de la certificación para su congruencia con la superficie gráfica.

Resolución de 16-5-2018

(BOE 30-5-2018)

Registro de la Propiedad de Murcia, número 3.

CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. TESTAMENTO: INTERPRETACIÓN.

Cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. La argumentación en que se fundamenta la calificación es suficiente para la tramitación del expediente si expresa suficientemente la razón que justifica dicha negativa de modo que el interesado haya podido alegar cuanto le ha convenido para su defensa, como lo acredita en este caso el mismo contenido del escrito de interposición, por lo que procede entrar en el fondo del asunto.

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. La jurisprudencia ha empleado como primera norma de interpretación la literalidad de las palabras empleadas en el testamento, si bien atemperada y matizada por los elementos lógicos, teleológicos y sistemáticos que conforman el sentido espiritual de la voluntad del testador, esto es su voluntad real. En consecuencia, se trata de determinar cuál es la voluntad de la testadora a través de la literalidad del testamento, y en este punto no parece que haya dudas de que la testadora deseaba adjudicar una parte indivisa de esa finca registral a uno de sus sobrinos, lo que repite en ambas cláusulas.

La interpretación del testamento corresponde a los herederos, o en su caso al albacea o en su defecto a la autoridad judicial y que a falta de datos concluyentes que resulten del testamento, debe prevalecer la interpretación literal de sus cláusulas. Así pues, la interpretación del testamento en caso de colisión de decisión entre los herederos, y a falta de albacea, contador-partidor o cualquier figura designada por el testador para ello, corresponde, en particular, a los tribunales de Instancia. 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.

Así pues, habiendo sido interpretado el testamento por el heredero único a falta de albacea que lo haga por caducidad de su cargo, y tratándose de una simple imprecisión terminológica, debe ser aceptada la interpretación realizada, sin perjuicio de recordar que de los artículos 859 y 860 del Código Civil, resultan las obligaciones que tienen todos los herederos —en este caso el heredero único— de entrega de los legados y del cumplimiento en este punto de la voluntad de la testadora.

Resolución de 16-5-2018

(BOE 30-5-2018)

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

BASE GRÁFICA: PROCEDIMIENTO DEL ARTÍCULO 199 LH.

Debe recordarse el contenido del párrafo d) de la regla Segunda de la Resolución Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de noviembre de 2015, a cuyo tenor, «si llegados los quince últimos días de vigencia del asiento de presentación no se hubiera culminado todavía la tramitación íntegra del procedimiento, y ante la imposibilidad de practicar la inscripción, el registrador tomará la anotación preventiva prevista en el artículo 42.9 de la Ley Hipotecaria. Si finalizado el procedimiento el registrador acuerda la práctica del asiento solicitado, una vez extendido, con la prioridad derivada del asiento de presentación inicial, quedará sin efecto la citada anotación. Si resuelve suspender o denegar la inscripción, el registrador lo hará constar mediante nota al margen de la anotación practicada». Debe practicarse en los quince últimos días de vigencia del asiento de presentación. Carece de sentido, por tanto, la extensión de la misma con anterioridad, antes de la constatación evidente de la dificultad de tramitación completa del procedimiento.

Como ya señaló este Centro Directivo en resolución de 7 de febrero de 2018, existiendo una solicitud expresa de inscripción de representación gráfica, está plenamente justificado el inicio de la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, cualquiera que sea la diferencia de superficie, si a juicio del registrador existen colindantes registrales que pudieran resultar afectados por la inscripción de dicha representación y que deben ser notificados previamente a la práctica de la inscripción. A lo que debe añadirse que, tratándose de representación gráfica alternativa de la que resulta que no se respeta la delimitación del perímetro de la finca que resulta de la cartografía catastral (cfr. art. 9, letra b, párrafo cuarto), es preceptivo proceder en la forma determinada por el apartado 2 del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, según es doctrina reiterada de esta Dirección General.

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. 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. Conforme a lo anterior, la oposición planteada debe suscitar una duda razonable en el registrador sobre la identidad de la finca registral respecto a la representación gráfica que pretende atribuírsele.

Debe recordarse que la constancia registral de la referencia catastral conforme al artículo 9.a) de la Ley Hipotecaria, en ningún caso puede equipararse con la coordinación gráfica a la que se refiere el artículo 10 de la Ley Hipotecaria, ni supone la inscripción de la representación gráfica ni la rectificación de la descripción literaria conforme a la misma (art. 9.b) párrafo séptimo de la Ley Hipotecaria), según ha quedado establecido por esta Dirección General en resoluciones de 29 de septiembre y 7 de noviembre de 2017, entre otras muchas.

Respecto a la consideración del recurrente que se refiere a la falta de acreditación ante la registradora de la condición de heredero del titular registral por quien se opone, corresponde al registrador valorar la legitimación del mismo para intervenir en el procedimiento. Debe recordarse que el objeto de la intervención de los titulares colindantes en los procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física es evitar que puedan lesionarse sus derechos y en todo caso que se produzcan situaciones de indefensión, asegurando, además que puedan tener acceso al registro situaciones litigiosas o que puedan generar una doble inmatriculación, siquiera parcial.

Resolución de 16-5-2018
(BOE 30-5-2018)
Registro de la Propiedad de Ayamonte.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

La liquidación del régimen económico-matrimonial y en general del haber común del matrimonio es materia típica y propia del convenio, al igual que aquellos actos relativos a la vivienda familiar. Y es que el convenio regulador, otorgado directamente por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, al no constituir un documento público propiamente, no puede exceder de ese contenido tasado, por lo que en caso de extralimitarse (y sin influir en la validez y eficacia del acto de que se trate, naturalmente, siempre y cuando concurran los requisitos previstos en el art. 1261 del Código Civil) deberían los interesados acudir a la escritura pública notarial.

Es cierto que este Centro Directivo ha manifestado reiteradamente que resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. En el régimen de separación es posible que la liquidación sea innecesaria (por no existir deudas pendientes o por su conversión en una comunidad ordinaria), pero puede ocurrir lo contrario cuando existe un patrimonio activo común que no se desea seguir compartiendo o deudas de las que no se desea seguir respondiendo.

Como es lógico, nada impide que en el convenio regulador de los efectos de la crisis matrimonial se liquide todo el haber de los esposos, aun cuando incluya bienes sujetos a diferentes regímenes matrimoniales, pero ello debe llevarse a cabo identificando la naturaleza, carácter y, en su caso, cuota de participación de los bienes inventariados, de modo que el haber resultante de cada cónyuge se ajuste a su participación en el haber conyugal conjunto. Esta circunstancia impide que en un caso como el planteado en este expediente pueda acceder al Registro la operación de liquidación del haber conyugal fruto de las adquisiciones durante los referidos regímenes económico-matrimoniales de los interesados, dado que la confusión de bienes gananciales y de otros adquiridos en régimen de separación de bienes no permite comprobar si existe una formación de haberes adecuada y, por ende, si existen adjudicaciones sin título o con un título no identificado o incluso claudicante por un error cometido en la confección del título presentado a inscripción.

Resolución de 17-5-2018

(BOE 30-5-2018)

Registro de la Propiedad de Gijón, número 5.

ASIENTO DE PRESENTACIÓN: CAUSAS PARA DENEGARLO.

Este Centro Directivo ha entendido (cfr., resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante el mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

El registrador ha de analizar cada documento, con el objeto de decidir si procede o no su efectiva presentación al Diario. Pero la calificación que a estos efectos realiza el registrador es distinta de la que debe llevar a cabo con los documentos ya presentados para determinar si son o no susceptibles de inscripción o anotación. Consecuentemente, en este momento inicial el registrador debe limitarse exclusivamente a comprobar que concurren los requisitos que nuestro ordenamiento establece para que un documento pueda acceder al Libro Diario.

El artículo 420.1 del Reglamento Hipotecario, en consonancia con el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, ordena a los registradores no extender asiento de presentación de los documentos privados, salvo en los supuestos en que las disposiciones legales les atribuyan eficacia registral. Solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación.

Es 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).

Resolución de 17-5-2018

(BOE 30-5-2018)

Registro de la Propiedad de Sarria-Becerreá.

CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CARGAS QUE GRAVAN LA FINCA VENDIDA EN FASE DE EJECUCIÓN. CALIFICACIÓN REGISTRAL: LÍMITES DEL ARTÍCULO 100 RH. FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: NO ES UN REQUISITO PREDICABLE RESPECTO DEL MANDAMIENTO.

Este expediente ha de resolverse siguiendo el mismo criterio que ya se sostuvo en la resolución de este Centro Directivo de 18 de noviembre de 2013 y que ha sido confirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de noviembre de 2017. El régimen jurídico aplicable para la enajenación de bienes del concursado gravados con hipotecas previas, viene determinado por el artículo 155.4 de la Ley Concursal. En la redacción actualmente en vigor del artículo 149.2 de la misma ley, se introduce un régimen especial si dicha enajenación se lleva a cabo como una unidad productiva. De ambos preceptos resulta con total claridad que cuando la transmisión se hace sin subsistencia de la garantía, se distingue según el precio alcance o no el valor de dicha garantía, siendo en este segundo caso necesario

que presten su conformidad todos los acreedores con privilegio especial, o, si se trata de la enajenación de una unidad productiva, los acreedores de este tipo que representen el 75% del pasivo de esta naturaleza. De ambos preceptos resulta con total claridad que cuando la transmisión se hace sin subsistencia de la garantía, se distingue según el precio alcance o no el valor de dicha garantía, siendo en este segundo caso necesario que presten su conformidad todos los acreedores con privilegio especial, o, si se trata de la enajenación de una unidad productiva, los acreedores de este tipo que representen el 75% del pasivo de esta naturaleza.

La función calificadora no le permite al registrador revisar el fondo de la resolución judicial en la que se basa el mandamiento de cancelación, esto es no puede juzgar sobre su procedencia, pero sí comprobar que el mandamiento judicial deje constancia del cumplimiento de los requisitos legales que preservan los derechos de los titulares de los derechos inscritos en el Registro cuya cancelación se ordena por el tribunal. En el caso objeto de este expediente, aunque el párrafo añadido al mandamiento cancelatorio no es un ejemplo de claridad, no se puede obviar lo que resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 2017. El Alto Tribunal casa la sentencia de la Audiencia Provincial por entender que la registradora actuó correctamente al exigir que en el mandamiento de cancelación se hicieran constar el cumplimiento de los requisitos que prevé el artículo 155.4 de la Ley Concursal. Pero en ningún caso el Tribunal Supremo cuestiona la decisión de la Audiencia sobre el fondo.

Si en el procedimiento judicial se ha considerado que se habían cumplido los requisitos que la Ley Concursal prevé para que se pueda llevar a cabo la cancelación de las hipotecas existentes sobre la finca, entendiéndose que los acreedores con privilegio especial afectados han tenido la intervención adecuada en el proceso concursal, excede de las facultades de calificación que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario otorga a los registradores, el discrepar de esta valoración y entender incumplidos dichos requisitos.

Tampoco puede sostenerse el criterio de la registradora respecto a la supuesta falta de firmeza del mandamiento objeto de calificación. Es cierto que para poder cancelar una inscripción en virtud de una resolución judicial es necesario que dicha resolución sea firme (arts. 1.3.o, 3 y 82 de la Ley Hipotecaria y 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Pero tal requisito de firmeza solo es predicable de la resolución que constituye el título material inscribible, y no del mandamiento que se limita a trasladar esa resolución al Registro. Como sostiene este Centro Directivo en su resolución de 6 de abril de 2016: «Resulta de la regulación del procedimiento civil (vid. art. 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) que el mandamiento es un acto de comunicación procesal dirigido a determinadas personas de cuya actuación depende la ejecución de resoluciones judiciales. Pero el mandamiento no es título formal en el sentido recogido por el artículo 3 de la Ley Hipotecaria, y así lo confirma el párrafo primero del artículo 257 de la misma Ley, pues no contiene por sí mismo el título material del artículo 2 susceptible de modificar el contenido del Registro».

Resolución de 17-5-2018

(BOE 30-5-2018)

Registro de la Propiedad de Valencia, número 3.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS Y EXTENSIÓN.

Conforme al artículo 326 de la LH la justificación sobre el interés legítimo alegado en el escrito del recurso, y que no tuvo a la vista la registradora al tiempo

de emitir su calificación, no puede ser tenida en cuenta tampoco por este Centro Directivo a la hora de elaborar esta resolución.

La posibilidad de expedir certificaciones relativas a derechos o asientos extinguidos o caducados a solicitud expresa del interesado se recoge en el artículo 234 de la Ley Hipotecaria, pero también en estos casos es preciso que se justifique un interés legítimo en los asientos solicitados, con más cautela incluso, que respecto de los asientos vigentes. Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y en tercer lugar, qué datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información.

La publicidad ha de ser para finalidades propias de la institución registral como la investigación, jurídica, en sentido amplio, patrimonial y económica (crédito, solvencia y responsabilidad), así como la investigación estrictamente jurídica encaminada a la contratación o a la interposición de acciones judiciales o administrativas.

En relación con el interés legítimo, sostiene la Dirección General (cfr. resolución de 25 de noviembre de 2016, entre otras muchas) que debe ser: a) un interés conocido, en el sentido de acreditado o justificado (a excepción de los casos de autoridades, empleados o funcionarios públicos que actúen por razón de su oficio a los que la legislación hipotecaria presume dicho interés); b) ha de ser un interés directo o acreditar debidamente el encargo sin perjuicio de la dispensa del artículo 332.3 del Reglamento Hipotecario, y c) ha de ser legítimo. Este concepto de interés legítimo es un concepto más amplio que el de «interés directo», pues alcanza a cualquier tipo de interés lícito. Tal interés legítimo, en el ámbito del Registro de la Propiedad, ha de probarse a satisfacción del registrador de acuerdo con el sentido y función de la institución registral. Ello no significa que el registrador pueda discrecionalmente manifestar el contenido de los asientos registrales, sino que queda bajo su responsabilidad la publicidad del contenido de los asientos. Cuando se ajusta a tal finalidad, la publicidad del contenido de los asientos no requiere el consentimiento del titular; ni es tampoco necesario que se le notifique su cesión o tratamiento.

Además es preciso coherencia esta simplicidad procedimental con la finalidad que le atribuyen sus normas rectoras y conciliarla con los principios que inspiran nuestra legislación en materia de protección de datos. En el presente recurso, en la solicitud inicial de publicidad, como se ha avanzado, no se llegaba a concretar la específica finalidad o motivo que justifique su interés legítimo para obtener la información registral solicitada. Concreción que, como ya se ha adelantado, sí formula en el propio escrito de recurso.

No obstante lo cual, y en aras del principio de economía procedimental, cabe indicar que es suficiente para satisfacer la finalidad pretendida, aun habiéndose denegado la publicidad respecto de los asientos ya cancelados, por los motivos que constan en dicha calificación y que guardan relación con la exigencia ya expuesta de que los datos proporcionados por la publicidad registral sean «adecuados, pertinentes y no excesivos conforme a las finalidades para las que se hayan obtenido», conforme a los imperativos derivados de la legislación de protección de datos, que de forma extensa han quedado expuestas en los anteriores fundamentos de esta resolución, pues no se vislumbra en qué forma la inclusión de los asientos cancelados sobre titularidad dominical y cargas ya canceladas y carentes de vigencia podrían ayudar a despejar las dudas planteadas.

Igual suerte desestimatoria merece el recurso en relación con la denegación de la certificación respecto de las dos parcelas que no han podido ser localizadas ni identificadas con finca registral alguna con arreglo a los datos identificativos aportados por el recurrente. Como ha declarado este Centro Directivo (vid. resoluciones de 25 de noviembre de 2016 y 21 de febrero de 2018, relativa al mismo supuesto de hecho objeto de la presente), resulta de todo punto necesaria la adecuada concreción del bien sobre el que se pretende obtener la publicidad, de tal manera que el registrador pueda dar cumplimiento a su deber de calificación respecto del interés legítimo.

Resolución de 18-5-2018

(BOE 30-5-2018)

Registro de la Propiedad de Igualada, número 2.

HIPOTECA: CANCELACIÓN SOMETIDA A CONDICIÓN SUSPENSIVA.

Como cuestión procedimental previa, la diligencia acreditativa de cumplimiento de la condición autorizada por el notario y presentada por este con ocasión de la interposición del recurso no puede ser tenida en cuenta al amparo del artículo 326 de la Ley Hipotecaria.

El registrador opone que la condición objeto de debate vulnera la prohibición del artículo 1115 del Código Civil. La propia literalidad de la norma (como acontece también respecto del art. 1256 del mismo Código) y la gravedad de la sanción establecida han dado lugar a una interpretación restrictiva de la misma y a la habitual distinción entre las condiciones puramente potestativas, basadas en la pura arbitrariedad (pura condición de querer —«si volam», «si voluero»—), y las simplemente potestativas, en las que han de valorarse otros intereses e impulsos.

La condición que tiene por objeto la mera transmisión de una finca sin más matizaciones puede considerarse que depende en exclusiva de la voluntad del deudor; lo que supone dejar a su arbitrio la venta, lo que viene proscrito por lo dispuesto en los artículos 1256 y 1258 y es una condición puramente potestativa que está sancionada con la nulidad prevista en el artículo 1115 del Código Civil, dado que en esta clase de condiciones suspensivas falta el elemento necesario de incertidumbre no dependiente de la voluntad de uno de los contratantes. Sin embargo, en el presente caso la fijación de un plazo (breve) y un precio concreto para efectuar la transmisión determina que no cabe, por tanto, calificar de puramente potestativa la condición.

La resolución de 27 de diciembre de 1945 se refirió a «una cancelación condicional de la última inscripción de dominio, que no debió hacerse, porque en buenos principios hipotecarios no parecen admisibles cancelaciones sujetas a limitación o condicionamiento, ya que los asientos de esta clase por su carácter absoluto, por su finalidad y por sus efectos, que no son otros de tachar, borrar o dejar hipotecariamente sin vida los derechos inscritos, no consienten la simultaneidad de la extinción y la existencia». Más recientemente, este mismo Centro Directivo, en resolución de 5 de diciembre de 2006, puso de relieve que «(...) nunca la cancelación de un asiento puede ser provisional o condicionada, dado su carácter definitivo (cfr. arts. 82 de la Ley Hipotecaria y 524.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)».

A la vista de los anteriores pronunciamientos, cabe afirmar que, indudablemente, debe rechazarse que la cancelación de la hipoteca quede sujeta a condición resolutoria, pues el asiento de cancelación produce efectos extintivos absolutos (ya sean totales o parciales), como resulta de los artículos 76 y siguientes y 97 de

la Ley Hipotecaria, poniendo fin irreversiblemente al reflejo registral del bien o derecho inscrito. Y lo mismo puede decirse de la renuncia al derecho de hipoteca sujeta a condición resolutoria. El tratamiento registral de la renuncia y cancelación de hipoteca sujeta a condición suspensiva no puede ser distinto. Los indicados efectos extintivos absolutos de la cancelación (cfr. arts. 76 y sigs. y 97 de la Ley Hipotecaria) y la irreversibilidad de su reflejo registral, determinan que no pueda admitirse una renuncia y cancelación de hipoteca condicionada suspensivamente.

Distinto sería el supuesto en que los interesados consientan no la cancelación de la hipoteca sino una mera novación de la misma sujeta la expresada condición suspensiva. En tal caso ningún inconveniente habría en practicar la inscripción de tal novación condicionada, al amparo del artículo 23 de la Ley Hipotecaria.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Ana M.^a DEL VALLE HERNÁNDEZ

Resolución de 11-4-2018
(BOE 25-4-2018)
Registro Mercantil de Córdoba.

CALIFICACIÓN. INEXACTITUD DE DATOS. ERRORES IRRELEVANTES.

Cuando el título presentado no reúna las circunstancias necesarias para la inscripción o lo haga de modo que no resulten claras o si se refiere a un mismo dato de forma distinta, debe suspenderse la inscripción hasta que la insuficiencia sea subsanada. Sobre todo cuando se trata de una circunstancia que ha de hacerse constar en el Registro por primera vez. Pero no cuando de la simple lectura del documento o de su contexto resulte fácil apreciar cual es el dato correcto y cual el erróneo. Y así ocurre en este caso en que el administrador nombrado figura en la escritura como «Miguel P.H.» y en la certificación como «Miguel Ant. P.H.», teniendo en cuenta que el n.º de DNI es el mismo en ambos documentos y además dicho señor ya figura como apoderado con el nombre de «Miguel Antonio».

El Registrador puede practicar la inscripción haciendo constar el nombre como ya figura en el Registro para posibilitar, en su caso, la rectificación de la posible inexactitud.

Resolución de 23-4-2018
(BOE 11-5-2018)
Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número I.

CUENTAS ANUALES. AUDITOR A SOLICITUD DE MINORÍA VS DESIGNADO VOLUNTARIAMENTE. CALIFICACIÓN. NOTIFICACIÓN FEHACIENTE.

La notificación de la calificación debe hacerse conforme a los artículos 58 y 59 de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo. Los particulares pueden

ser notificados telemáticamente si así lo han aceptado al tiempo de la presentación del título y siempre que quede constancia de la notificación. Las personas jurídicas y sus representantes están obligados a recibirla por dicha vía. La notificación será válida siempre que permita tener constancia de su envío o puesta a disposición, de la recepción o acceso por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro, y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario de la misma. En el supuesto contemplado la notificación se ha hecho por correo electrónico, pero no resulta acreditada la recepción o acceso por el interesado.

No cabe acceder a la petición del recurrente de suspender la vigencia del asiento de presentación hasta que devenga firme, incluso en vía judicial, la resolución que se dicte, puesto que la duración de aquel y su prórroga están determinados legalmente.

Se reitera la doctrina de que no cabe efectuar el depósito de las cuentas cuando ha sido designado auditor a instancia de la minoría, constando dicha circunstancia por inscripción en la hoja de la sociedad, si no se acompaña el informe de verificación llevado a cabo por el auditor designado.

No puede revisarse en este expediente el procedimiento de nombramiento de auditor en el que recayó resolución firme en vía administrativa. El recurso solo puede recaer sobre la calificación negativa, no sobre asientos ya practicados.

El momento procedimental para discutir si la existencia de un auditor voluntario enervaba o no la solicitud de designación llevada a cabo por la socia minoritaria y el nombramiento por el Registrador no es el del recurso contra la calificación negativa relativa al depósito de las cuentas, sino que lo fue en el expediente incoado con motivo de tal solicitud, expediente en el que no consta la aportación del informe de verificación.

La socia que instó el procedimiento de nombramiento de auditor es la única que puede renunciar al mismo si así lo considera oportuno, pero mientras no se presente en el Registro una instancia reflejando esa renuncia, el registrador debe calificar de acuerdo con el contenido del Registro.

Resolución de 24-4-2018

(BOE 11-5-2018)

Registro Mercantil Central, número I.

DENOMINACIÓN. IDENTIDAD.

La identidad de las denominaciones no se limita al supuesto de coincidencia total entre ellas sino que se proyecta a otros casos no siempre fáciles de precisar por lo que el concepto debe ampliarse a lo que se llama «cuasi identidad» o «identidad sustancial», con la única finalidad de que no se induzca a error sobre la identidad de sociedades.

Pero no se prohíbe la simple semejanza. Debe atenderse a las circunstancias de cada caso.

La denominación solicitada es «ASP Abogados y Asesores Tributarios». No cabe considerar el término «ASP» como una mera expresión genérica o accesorio, de escasa significación, sino que es precisamente la que permite diferenciar la denominación solicitada de las ya inscritas sin que su carácter acrónimo o de fantasía desvirtúe tal afirmación.

Resolución de 16-5-2018
(BOE 30-5-2018)
Registro Mercantil de Sevilla, número 3.

REDUCCION DE CAPITAL. RESTITUCIÓN DE APORTACIONES.

En la reducción de capital con restitución de aportaciones el ordenamiento jurídico adopta una serie de cautelas para la protección de los intereses de los socios, por el posible perjuicio que puede conllevar en la posición que ostentaban en la sociedad, que incluso puede llevar a su expulsión de la misma.

El principio de paridad de trato, tanto en el acuerdo como en su ejecución, implica que debe afectar por igual a todos los socios, de manera que se produzca la misma alteración de su posición jurídica. Así sucede cuando el porcentaje de amortización o la disminución del valor nominal es el mismo para todos. Y no basta con aplicar una regla que en principio sea idéntica para todos los socios, si el resultado obtenido implica una disparidad de trato, como ocurriría si el acuerdo fuese de amortización de una participación por socio. Pero de ello no puede deducirse que sea necesario el consentimiento unánime, dado que eso supondría una excepción al sistema establecido de determinación de las mayorías.

En este caso, el acuerdo se adopta por unanimidad de los asistentes a la Junta y se ejecuta mediante disminución del valor nominal de las participaciones sin merma alguna de la posición de los socios en la sociedad, pues la conservan intacta, sin dilución ni supresión del porcentaje sobre el capital que les correspondía con anterioridad a la adopción del acuerdo. El resultado sería diferente si la ejecución del acuerdo se hubiera llevado a cabo mediante la amortización de participaciones sociales.

La Ley de Sociedades de Capital no contiene una previsión expresa de que su ejecución haya de llevarse a cabo mediante la entrega de una cantidad en metálico, aunque así parece deducirse de determinados artículos, sin perjuicio de que los estatutos prevean otra cosa o que, por unanimidad, se acuerde lo contrario. Pero para que el órgano de administración, en ejecución del acuerdo, pueda compensar determinado crédito que la sociedad ostenta contra el socio a quien se restituye una parte de su aportación, es necesaria la concurrencia de unos requisitos cuya apreciación no puede quedar al arbitrio de una de las partes. A falta de consentimiento del socio afectado, ello solo puede ser impuesto por resolución judicial. El hecho de que el socio disidente pueda haber llevado a cabo el cobro de la otra parte que se le abona en metálico no empaña el hecho de que se pretenda hacer efectivo, sin su consentimiento, un modo distinto de extinción de la obligación

Resoluciones publicadas en el DOGC

por María TENZA LLORENTE

Resolución de 20-3-2018
(DOGC. 6-4-2018)
Registro de Cerdanyola del Vallès n. 2.

HIPOTECA DE VIVIENDA DONDE CONSTA DERECHO DE USO FAMILIAR A FAVOR DE HIJOS.

La Dirección General de Dret reitera sus pronunciamientos acerca de la naturaleza jurídica del derecho de uso, entendiendo que es una manifestación del deber de prestar alimentos, como ya hiciera en la resolución JUS/1856/2016, de 21 de junio, a cuyo comentario es preciso remitirse.

En cuanto a la materia concreta de que trata, la titularidad del derecho de uso y las facultades del titular del derecho de dominio sobre la finca, la Dirección General de Registros y Notariado considera no inscribible supuestos de hecho como el planteado, en que el adjudicatario del dominio es el titular de la guarda de los hijos. En este sentido, al igual que en esta resolución de la Dirección General de Derecho, señala el Centro Directivo en resolución de fecha 9 de julio de 2013 (Fundamento de Derecho tercero y cuarto) que no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho, pues la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares, siendo correlato de las obligaciones o deberes-función que para los progenitores titulares de la patria potestad resultan de la misma, que no decaen en las situaciones de ruptura matrimonial. Dada esta disociación entre titular y beneficiarios del derecho de uso, aunque no se pueda hablar con propiedad de confusión de derechos reales para referirse la situación que se produce cuando el cónyuge a quien se atribuye la guarda y custodia de los hijos es al tiempo propietario de la vivienda familiar y adjudicatario del derecho de uso, sí que debe entenderse que el haz de facultades que este último genera a favor de su titular, integrado básicamente por una facultad de ocupación provisional y temporal y por el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte del cónyuge (excónyuge) titular del dominio quedan comprendidos o subsumidos en la propia titularidad dominical sobre la finca. De ahí que se haya podido afirmar que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2004), y que carece de interés el reflejo registral del derecho de uso judicialmente atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar cuando esta es la titularidad dominical (resoluciones de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008). Esta doctrina es reiterada en la resolución de fecha 19 de enero de 2016 (Fundamento de Derecho segundo) y 11 de enero de 2018. Por el contrario, la resolución de la Dirección General de fecha 19 de mayo de 2012 (Fundamento de Derecho segundo) consideró exigible la determinación de las circunstancias personales de los hijos a los cuales

se atribuía el derecho de uso sobre la vivienda familiar por mor del principio de especialidad (art. 9.4 de la Ley Hipotecaria, 51.9 de su Reglamento, seguida por el Fundamento de Derecho segundo de la resolución de 24 de octubre de 2014), pues el juez puede considerar preciso la atribución de su titularidad a estos directamente. Así lo entiende también esta resolución (fundamento de Derecho primero). Así también, la resolución de la Dirección General de Derecho de 16 de febrero de 2007 consideró que el derecho de uso se extingue si, como consecuencia de la liquidación del régimen de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno y exclusivo dominio al cónyuge titular de este derecho (Fundamento de Derecho 2.5 in fine).

En cualquier caso, la interpretación en cuanto a las facultades del cónyuge difieren de la sustentada por el Centro Directivo (resolución de 20 de octubre de 2016) que considera que, con independencia de la naturaleza jurídica que se le atribuya, el derecho de uso inscrito supone una suerte de como prohibición de disponer (art. 26.2 LH) o limitación a las facultades del cónyuge propietario, porque así resulta del artículo 96 del Código Civil, a diferencia del artículo 233.25 del Código Civil de Cataluña. En este sentido, la resolución JUS/1221/2013, de 3 de junio, afirma que este derecho atribuido como consecuencia de la disolución de matrimonio o de pareja estable no modifica la naturaleza de los derechos patrimoniales que ostentaban a los cónyuges antes de la crisis, conjuntamente considerados (Fundamento de Derecho 2.3). A mayor abundamiento, en este caso, se tiene en cuenta la sentencia judicial en cuanto a la finalidad de la hipoteca de sufragar los gastos de la compensación de la adjudicación al hipotecante, lo cual lleva a la conclusión de que se han de interpretar todos los aspectos de aquella, incluso los que, por carecer de trascendencia jurídico-real, como es el caso, no acceden al Registro. Pero queda pendiente fijar un criterio cuando su titularidad registral corresponde a los hijos, aunque a modo de *obiter* la resolución comentada se inclina por la inadmisibilidad de la renuncia y de la autorización supletoria de los parientes.

Por último, es preciso tener en cuenta que la hipoteca puede conllevar una pérdida del derecho en caso de ejecución, pues la purga de tal derecho es reconocida por la resolución de 8 de marzo de 2018 (Fundamento de Derecho tercero), siguiendo las sentencias de Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010 y 6 de febrero de 2018, dictadas como consecuencia de las diferentes posiciones adoptadas por las Audiencia Provinciales. Por otra parte, condiciona la defensa de su titular en el procedimiento de ejecución a la inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad, como ya hiciera la resolución de 5 de septiembre de 2015. No obstante, esta enajenación potencial y forzosa de la finca no puede ser tenida en cuenta al inscribir el derecho real de hipoteca, pues la calificación registral no puede basarse en conjeturas (sobre el alcance de la calificación, fundamento de Derecho segundo de la resolución de 29 de septiembre de 2016, por todas).

En resumen, para la inscripción de un derecho real de hipoteca otorgada por el titular del derecho de uso sobre la vivienda familiar, basta el consentimiento de este.

**ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES**

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

Competencia de los tribunales españoles para decidir sobre la responsabilidad parental y alimentos respecto de un menor que no reside en la Unión Europea *

Competence of the spanish courts to decide on parental responsibility and food in respect of a minor who does not have a residence in the European Union

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Profesora Titular de Derecho Civil. UCM

RESUMEN: Los tribunales españoles son competentes para conocer de la pretensión referida a la responsabilidad parental aunque el menor no resida en un Estado de la Unión Europea porque los padres, españoles y residentes en España, son los titulares de dicha responsabilidad y aceptaron expresamente la competencia cuando de común acuerdo solicitaron el divorcio. La competencia para resolver la obligación de alimentos corresponde al órgano jurisdiccional que también lo sea para conocer de la acción relativa a la responsabilidad parental.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Nacional I+D «El Tribunal de Justicia de la Unión europea: su incidencia en la configuración normativa del proceso civil español y en la protección de los derechos fundamentales» (Ref. DER 2016-75567-R), de la Red Temática «Justicia Civil: Análisis y Prospectiva» (DER 2016-81752-REDT), ambos financiados por el Ministerio de Economía y Competitividad y en el marco del Grupo Consolidado de Investigación «Derecho de daños. Derecho de la contratación» de la Universidad Complutense de Madrid, de cuyos equipos de investigación formo parte.

ABSTRACT: The Spanish courts are competent to hear the claim regarding parental responsibility even if the child does not reside in a European Union State because the parents, Spaniards and residents of Spain, are the holders of that responsibility and expressly accepted the competence when common agreement they requested divorce. Regarding the maintenance obligation, the competence to decide corresponds to the jurisdictional body that is also competent to hear the action regarding parental responsibility.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad parental. Alimentos. Menores. Competencia judicial.

KEY WORDS: Parental responsibility. Judicial competence. Minors.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y MARCO JURÍDICO.—II. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y COMPETENCIA.—III. RESPONSABILIDAD PARENTAL, COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.—IV. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y COMPETENCIA.—V. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y FUNDAMENTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2201/2003.—VI. ÚLTIMA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. LA IMPORTANCIA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TJUE Y AP) CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN Y MARCO JURÍDICO

Hoy vamos a estudiar el tema de la competencia judicial de los tribunales españoles para decidir sobre el tema de responsabilidad parental y sobre la obligación de alimentos, cuando el menor no reside en un Estado de la Unión Europea¹.

La sentencia de primera Instancia del Juzgado de Familia núm. 10 de León estima la demanda de divorcio (que había sido solicitada de mutuo acuerdo por los cónyuges), acuerda consiguientemente la disolución del matrimonio y aprueba el convenio regulador presentado *salvo las estipulaciones segunda y cuarta relativas al hijo menor del matrimonio, por falta de competencia judicial internacional de los tribunales españoles*. El matrimonio reside en territorio español pero el menor se encuentra bajo la custodia de su abuela materna fuera de Europa, concretamente en Senegal. El Juzgado no aprobó el convenio regulador en su totalidad por considerarse no competente para conocer de las medidas relativas al niño (guarda y custodia y alimentos).

Ambas partes interpusieron recurso de apelación para pedir que se aprobara el convenio regulador en todos sus extremos y, en particular, en relación con las medidas sobre guarda y custodia del menor y alimentos para este.

La Audiencia Provincial de León, tomando como argumento el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece, en su apartado 1, que «*Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español*

con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas».

Siguiendo dicho precepto y la jerarquía de fuentes que indica la aplicación prioritaria de lo señalado en los *tratados y convenios internacionales* y, en particular, lo establecido en los *Reglamentos de la Unión Europea, por su efecto directo y vinculante*, y, cuando no sean aplicables dichas normas, regirá lo dispuesto en las leyes españolas.

La Audiencia teniendo en cuenta dicho criterio entiende que «No se plantea objeción alguna a la competencia en relación con la pretensión de disolución del matrimonio por divorcio, que es coherente con lo establecido en el artículo 3.1a) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y conforme a los propios fundamentos expuestos en la sentencia recurrida en relación con la legislación nacional aplicable».

Pero, acertadamente, indica la diferencia de regulación entre las distintas materias planteadas pues, por un lado, el marco normativo de la responsabilidad parental se encuadra dentro del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Pero, por otro lado, los alimentos siguen lo establecido en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

II. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y COMPETENCIA

Cabe reseñar, además que al residir el menor con su abuela materna fuera del ámbito de la Unión Europea no resulta aplicable el Convenio de La Haya de 1996, que entró en vigor en España en enero de 2011, dado que dicho menor no reside en un Estado contratante de dicho convenio. Frente al criterio del órgano de primera instancia, la Audiencia de León sí considera aplicable el *Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* porque tiene efecto directo y vinculante.

Se trata de una norma internacional prevalente sobre la propia legislación nacional, la cual se aplicará solo de manera supletoria o complementaria, como así resulta de lo dispuesto en el artículo 96 de la Constitución Española, en el artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea², en el artículo 288 del vigente Tratado de funcionamiento de la Unión Europea³, y en el inciso último del propio Reglamento 2201/2003.

Deben aplicarse las normas del Reglamento de la Unión Europea 2201/2003, pero hay que tener en cuenta que *la residencia* determina la competencia judicial internacional y sirve para fijar la competencia o incompetencia de los tribunales españoles⁴. Así pues el artículo 8 de dicho Reglamento establece, como regla general, la competencia de los tribunales del lugar de *residencia habitual del menor*⁵, pero esta tiene *excepciones*, como la prevista en su artículo 12.1, por prórroga de la competencia: asume la competencia para resolver sobre responsabilidad parental el órgano jurisdiccional del Estado que conoce del proceso de separación, nulidad o divorcio (apartado «b» del art. 12.1). De esta forma el tribunal

competente para el divorcio también lo es para resolver sobre responsabilidad parental en dos casos: cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y cuando la competencia haya sido aceptada expresamente por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés del menor.

Teniendo en cuenta que el menor, como hemos indicado, reside con la abuela en Senegal, el juzgado de primera instancia resuelve que al no residir el menor en un Estado de la Unión Europea y no ejercer los padres la responsabilidad parental, los tribunales españoles no son competentes para resolver. No obstante hay que tener en cuenta que a los padres no se les ha privado ni se les ha suspendido la patria potestad, esto significa que *siguen siendo titulares* de la responsabilidad parental, independientemente de que la residencia del menor y el cuidado del mismo se halle en manos de la abuela en Senegal.

Dice la sentencia que el artículo 12 del reglamento alude⁶, como una de las alternativas, a cónyuges —sin más— utilizando como alternativa la expresión «titulares de la responsabilidad parental» para aludir a los padres del menor cuando no han contraído matrimonio, por lo que el precepto contempla un fuero alternativo (no subsidiario ni supletorio), y al haber sido aceptada la competencia por ambos cónyuges no cabe duda de la competencia de los tribunales españoles.

Los progenitores son los titulares de la responsabilidad parental al tenerla asumida según el artículo 2,8.º del Reglamento por ministerio de la Ley o por acuerdo con efectos jurídicos (el art. 2,7.º). Por lo tanto, mientras no se dicte una sentencia que prive a los padres del ejercicio de la patria potestad o la suspenda, son ellos los titulares de la responsabilidad parental. Y precisamente por ello los tribunales españoles deben entrar a conocer del tema de la responsabilidad parental cuando los progenitores de común acuerdo solicitan el divorcio.

Al no existir un convenio bilateral entre España y Senegal, la determinación de la competencia de nuestros tribunales se decide conforme a los reglamentos de la Unión Europea y, supletoriamente, conforme a lo establecido en la legislación española⁷.

El Reglamento en su artículo 12,3.º donde se regula la competencia en caso de procesos que versen exclusivamente sobre responsabilidad parental se contempla la competencia *del tribunal del Estado miembro cuando el menor esté vinculado a él*, ya sea porque uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en España (como sería el caso) o porque el menor sea nacional de ese país miembro [el padre del menor es español de origen, por lo que también lo sería su hijo, conforme establece el art. 17.1 a) del Código Civil]⁸.

III. RESPONSABILIDAD PARENTAL, COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En el artículo 12 del Reglamento se alude al interés superior del menor, y concretamente en el apartado 4 en los siguientes términos: «cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, *se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate*».

Nuestro supuesto de hecho indica que los padres tienen la nacionalidad española y su residencia radica, de manera habitual, en España (aunque ocasionalmente alguno de ellos pueda residir fuera), ambos son titulares de la patria potestad y consiguientemente han de asumir obligaciones y responsabilidades que se podrían exigir desde el Estado de su residencia y nacionalidad, sin que el menor se vea privado de la protección que le puedan dispensar los tribunales del territorio del Estado en el que resida.

Además, una vez firmado el divorcio, el Reglamento 2201/2003 ya prevé que, cesará la competencia en cuanto sea firme la sentencia de divorcio o sobre responsabilidad parental, porque al residir el menor en territorio diferente al del Estado miembro su ejecución solo será posible mediante el reconocimiento y ejecución de la sentencia por el Estado de residencia del menor (en caso de países miembros, a través de los mecanismos de reconocimiento establecidos por el propio Reglamento).

IV. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS Y COMPETENCIA

La materia se encuentra regulada por el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Sus normas son de efecto directo y vinculante⁹.

El artículo 3, d) del Reglamento establece que será competente para resolver en materia de *obligaciones de alimentos el órgano jurisdiccional que también lo sea para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesorio de esta acción*, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

Así pues está claro que la obligación de alimentos resulta de la responsabilidad parental cuyos titulares son los padres del menor que acuden al proceso para la disolución del matrimonio por divorcio, por lo que si los tribunales españoles son competentes para resolver sobre responsabilidad parental también lo son para resolver sobre alimentos.

En resumen, la AP revoca la sentencia del juzgado únicamente en lo referido a las estipulaciones rechazadas del convenio por falta de competencia (responsabilidad parental y alimentos) y la confirma en cuanto a la disolución del matrimonio.

Indica además, que para resolver, debe acudir a la vía del artículo 777.7 LEC, con la única particularidad de que el juez de primera instancia podrá directamente valorar si homologar las estipulaciones rechazadas o bien reclamar la presentación de un nuevo convenio regulador. La Sala no prejuzga sobre la decisión sobre las medidas solicitadas, pues será el juez de familia el que deba examinarlas. No cabe que el niño quede desprotegido por no haberse adoptado medida alguna (arts. 91 y 92.1 del Código Civil), en relación con todos los demás preceptos de protección de los derechos del menor, incluso aunque no resida en territorio español.

V. RESPONSABILIDAD PARENTAL Y FUNDAMENTACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES APLICACIÓN DEL REGLAMENTO 2201/2003

La patria potestad se refiere a todos los derechos y obligaciones respecto de un menor y sus bienes. Aunque este concepto varía de un Estado miembro a otro,

en general comprende la *custodia* y los *derechos de visita*. En el supuesto de que los progenitores sean nacionales de diferentes Estados tras la ruptura de pareja, en *interés del menor o menores*, deberán ponerse de acuerdo sobre su custodia decidiendo cómo van a seguir ejerciendo esa responsabilidad.

Pueden decidir de mutuo acuerdo que el menor viva alternativamente con ambos o que viva con uno de ellos. En este caso, el otro progenitor suele tener derecho a visitar al niño en determinados momentos.

Los derechos de custodia cubren también otros derechos y deberes relacionados con la educación y el cuidado del niño, lo que incluye el derecho de velar por el niño y sus bienes.

El problema surge cuando no hay acuerdo y se decide acudir al juez, en ese caso se trata de impedir que ambos progenitores acudan al tribunal cada uno en su país y se dicten dos resoluciones para el mismo asunto. Como hemos visto, la máxima es que el tribunal competente es el del país donde resida habitualmente el menor¹⁰. Pero el sistema de reconocimiento y ejecución de las resoluciones garantiza que, una vez dictada, la resolución del tribunal competente se aplique en otros países de la UE. Esto facilita el ejercicio de sus derechos a quienes ejerzan la patria potestad. Así, por ejemplo, una sentencia sobre derechos de visita se reconocerá en otro Estado miembro de la UE sin más trámite, lo que reforzará la relación entre el niño y sus dos progenitores.

La normativa que resuelve asuntos transfronterizos entre los niños y sus padres se contiene en el Reglamento y se aplica por igual a todos los niños, nacidos dentro o fuera del matrimonio. Además es la piedra angular de la cooperación judicial de la UE en Derecho de matrimonio y asuntos de patria potestad.

El Reglamento (CE) 2201/2003 es un instrumento jurídico único que ayuda a las parejas internacionales a resolver litigios por motivos de divorcio y de custodia de los hijos en los que haya más de un país implicado. Y lo hace a través de normas que determinan *qué órgano jurisdiccional es responsable de los asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental* en los litigios en los que haya más de un país implicado; normas que facilitan que las resoluciones judiciales dictadas en un país se reconozca y se ejecuten en otro, y un procedimiento para resolver casos en los que uno de los progenitores sustraiga a un menor de un país de la Unión Europea (UE) y lo traslade a otro.

Uno de sus principales objetivos es garantizar el derecho de los menores a mantener el contacto con sus progenitores aunque estén separados o vivan en diferentes países de la UE.

En cuanto a la responsabilidad parental, se aplica el Reglamento al derecho de custodia y al derecho de visita; a la tutela, la curatela y otros regímenes jurídicos; a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse del menor o de los bienes del menor; de representarlo o de prestarle asistencia; al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; a las medidas de protección del menor que incluyen la administración, conservación o disposición de sus bienes.

Normalmente, estos asuntos son competencia de los órganos jurisdiccionales del país de la UE en el que viva el menor. Si es imposible establecer la residencia habitual de un menor (como en el caso de los refugiados), la competencia recaerá automáticamente en el país de la UE en el que se encuentre el menor.

En virtud de este Reglamento, cualquier país de la UE debe reconocer automáticamente las resoluciones judiciales dictadas en otro país de la UE en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

Las resoluciones sobre el ejercicio de la responsabilidad parental que sean ejecutivas en el país de la UE en la que se dictaron pueden ejecutarse en otro país de la UE cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último país. No obstante, para las resoluciones judiciales que reconozcan el derecho de visita o relativas a la restitución de un menor que hayan sido certificadas por el juez original en virtud del presente Reglamento, no se requiere ninguna declaración.

Cada país de la UE designa una o varias autoridades centrales encargadas de ayudar a los progenitores a solicitar la restitución del menor secuestrado por otro progenitor y trasladado a otro país de la UE, fomentar el intercambio de información sobre la legislación y los procedimientos nacionales; ayudar a los órganos jurisdiccionales a comunicarse entre ellos; ayudar a los progenitores o tutores que soliciten el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, y procurar resolver las discrepancias entre progenitores o tutores a través de medios alternativos como la mediación.

Dinamarca no forma parte de este Reglamento y, por lo tanto, no le vincula.

VI. ÚLTIMA JURISPRUDENCIA EUROPEA SOBRE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LA OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS. LA IMPORTANCIA DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

La última de las peticiones de decisión prejudicial a la hora de redactar estas líneas es la planteada por la *Judecătoria Oradea (Rumanía)* el 8 de febrero de 2018¹¹, en relación con la interpretación de los artículos 8 y el 13 del Reglamento. El Tribunal rumano pregunta al TJUE si el concepto de residencia habitual del menor, conforme al artículo 8,1.º del Reglamento 2201/2003 es el del lugar con el cual el menor presenta una integración en un ámbito social y familiar, al margen de si existe una resolución judicial pronunciada en el territorio de otro Estado miembro después de que el menor se trasladara con su padre al territorio del Estado en el que el menor se ha integrado en ese ámbito social y familiar, o si debe aplicarse el artículo 13 que establece la competencia basada en la presencia del menor, teniendo en cuenta que el menor tiene la nacionalidad del Estado miembro en el que se estableció con su padre y los padres solo tienen la nacionalidad rumana.

El *Tribunal de Cluj (Rumanía)* el 9 de agosto de 2017¹² plantea una petición de decisión prejudicial ante el TJUE relativa a la interpretación de la expresión *los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro competentes para conocer del fondo del asunto* del artículo 15 Reglamento 2201/2003, si se refiere tanto a los órganos jurisdiccionales que resuelven el litigio en primera instancia como a los que conocen de los recursos. En concreto se pregunta si la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer de él en el caso de que el órgano jurisdiccional competente al que se pide la remisión sea de apelación, mientras que el órgano jurisdiccional mejor situado juzga en primera instancia.

E igualmente pregunta si «en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión prejudicial ¿qué suerte debería reservar, en opinión del Tribunal de Justicia, el órgano competente que procede a la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional mejor situado a la sentencia pronunciada en primera instancia?».

También, el 23 de octubre de 2017 se planteó por el *Varhoven kasatsionen sad (Tribunal de Bulgaria)* una cuestión prejudicial¹³ en el sentido de si el Reglamento 2201/2003 posibilita que, pese a no cumplirse los criterios establecidos

en sus artículos 8 y 12, que un asunto relativo a la responsabilidad parental sea examinado por el órgano jurisdiccional de un Estado miembro que, conforme al artículo 3 del Reglamento, es competente en materia de divorcio, si ese órgano jurisdiccional está obligado, con arreglo a la legislación del Estado miembro a resolver de oficio, paralelamente a la solicitud de divorcio, cuestiones relativas a los derechos de custodia y visita, pensión alimenticia y uso de la vivienda familiar.

Cuestiones prejudiciales, las tres, que aún no han sido resueltas por Sentencia del Tribunal de Justicia pero que nos sirven de pauta para conocer los problemas reales de los tribunales nacionales europeos a la hora de aplicar el Reglamento europeo y que cuando sea pública su resolución nos afectarán a todos los países por igual.

A continuación vamos a detenernos en dos sentencias recientes del TJUE referidas a la cooperación judicial en materia de responsabilidad parental y alimentos.

La STJUE (Sala Tercera) de 27 de octubre de 2016 analiza la cuestión prejudicial planteada por la Supreme Court de Irlanda en un asunto en que eran partes la Child and Family Agency/J. D.¹⁴. Se trata de una cuestión relativa a la *cooperación judicial en materia civil* concretamente a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y a la necesidad de resolver el sentido interpretativo del artículo 15 del Reglamento 2201/2003, referido a la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro. El TJUE resuelve indicando el ámbito y los requisitos para su aplicación por el órgano jurisdiccional mejor situado siempre teniendo en cuenta el principio general del *interés superior del menor*.

El supuesto de hecho de la sentencia reconoce como probado que la madre es nacional del Reino Unido. Su primer hijo fue internado en un establecimiento en régimen de acogida en el Reino Unido en 2010, después de que se hubiera constatado, que aquella sufría un trastorno de la personalidad calificado como «comportamiento antisocial» y que había ejercido violencia física contra el niño. Cuando aún residía en este Estado miembro, la progenitora se sometió a una evaluación prenatal efectuada por las autoridades de protección del menor de su lugar de residencia, en previsión del nacimiento de su segundo hijo, habida cuenta de sus antecedentes médicos y familiares. Dicha evaluación concluyó que la madre había dado pruebas de afecto hacia su primer hijo, que tenía una actitud positiva ante el nacimiento y que había hecho preparativos en vistas de este y, en particular, que había manifestado su voluntad de cooperar con los servicios sociales a tal respecto. Las autoridades competentes consideraron que el menor debía ser entregado a una familia de acogida desde el momento de su nacimiento, a la espera de que un tercero iniciara un procedimiento de adopción. Ante tales circunstancias, la progenitora resolvió establecerse en Irlanda, un mes antes del nacimiento del menor, donde ambos residen desde entonces.

Poco después del nacimiento la Agencia solicitó a la District Court (Tribunal de Distrito, Irlanda) competente que dictara una orden de acogimiento del niño. Solicitud que fue denegada sobre la base de que las pruebas obtenidas en el Reino Unido eran inadmisibles. La Agencia interpuso un recurso de apelación ante la Circuit Court (Tribunal de Primera Instancia, Irlanda) competente, que dispuso el acogimiento familiar provisional del bebe medida que a partir de entonces ha sido renovada periódicamente. No obstante, se concedió a la progenitora el derecho de visitar regularmente a su hijo, derecho que ha ejercido. Posteriormente, la Agencia solicitó a la High Court (Tribunal Superior de Justicia, Irlanda) la remisión del asunto a la High Court of Justice (England & Wales) [Tribunal Superior de Justicia (Inglaterra y Gales), Reino Unido], a efectos de que conociera

sobre el fondo, en aplicación del artículo 15 del Reglamento 2201/2003. Mediante sentencia de 26 de marzo de 2015, la High Court autorizó a la Agencia a solicitar al referido órgano jurisdiccional que se declarara competente para conocer del asunto objeto del litigio principal. La madre solicitó que se le autorizara a recurrir contra dicha sentencia directamente ante la Supreme Court (Tribunal Supremo, Irlanda), la cual, tras oír a las partes, acogió su solicitud.

Y es este Tribunal el que se pregunta, en primer lugar, si el artículo 15 del Reglamento es aplicable en el caso de un recurso que tiene por objeto un procedimiento de acogimiento incoado con arreglo al Derecho público, como el que ha sido sometido a su jurisdicción, a pesar de que en la actualidad no haya ningún procedimiento pendiente en el Reino Unido y de que la declaración de competencia de los órganos jurisdiccionales de este Estado miembro requiere que ulteriormente las autoridades de protección del menor de dicho Estado miembro acepten hacerse cargo del asunto incoando el correspondiente procedimiento conforme a su Derecho interno.

También se pregunta *cómo debe interpretarse el concepto de «interés superior del menor»*, enunciado en el artículo 15, pues no exige que el órgano jurisdiccional que normalmente sería competente para conocer de un asunto, cuando se plantee la remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que considere que está mejor situado, deba efectuar un examen completo del interés superior del menor. Más bien, considera que el órgano jurisdiccional competente debe evaluar sumariamente esta cuestión, correspondiendo al órgano jurisdiccional del otro Estado miembro efectuar un análisis en mayor profundidad, a la luz del principio de que en aras del interés superior del menor debe ser el órgano jurisdiccional mejor situado para apreciar la situación el que realice dicha evaluación.

Y, por último, se pregunta sobre los *elementos que han de tomarse en consideración* a efectos de realizar tal evaluación sumaria, pues la madre actuó legalmente al abandonar el Reino Unido para establecerse en Irlanda antes del nacimiento del menor, aunque su desplazamiento estuviera motivado por el temor de que los servicios de protección del menor del primer Estado le retirara la custodia de su hijo¹⁵.

Sobre la primera cuestión prejudicial, el Tribunal Supremo irlandés pregunta si el artículo 15 debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a un recurso en materia de protección de menores que tenga su fundamento en el Derecho público interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro, como el que es objeto del asunto principal, en caso de que la declaración de competencia de un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro requiera que ulteriormente una autoridad de ese otro Estado miembro inicie un procedimiento diferente del incoado en el primer Estado miembro, con arreglo a su Derecho interno y en consideración a circunstancias fácticas eventualmente diferentes.

El TJUE indica que el artículo 15 citado figura en la sección 2 de su capítulo II, que establece una serie de *normas de competencia en los asuntos de responsabilidad parental* y además *prevé una norma de competencia específica*, como *excepción* a la norma de competencia general enunciada en el artículo 8 del Reglamento, que designa a los órganos jurisdiccionales del *lugar de residencia habitual del menor* como órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo de tales asuntos.

Así el ámbito de aplicación material de este artículo es el mismo que el del conjunto de las normas de competencia previstas en dicha sección y, en particular, del artículo 8 del Reglamento. Estas reglas de competencia se aplican a

las «materias civiles» relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación y la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, tal como se define en el artículo 2, punto 7, de dicho Reglamento.

El Tribunal de Justicia también indica que las normas de competencia en materia de responsabilidad parental deben interpretarse, a la luz del considerando 5 de este Reglamento, en el sentido de que son aplicables en los asuntos de responsabilidad parental que tengan por objeto la adopción de medidas de protección del menor; con arreglo al Derecho interno de un Estado miembro, pertenecientes al ámbito del Derecho público. Por lo que el artículo 15 del Reglamento es aplicable a un recurso en materia de protección de menores interpuesto por la autoridad competente de un Estado miembro que tenga su fundamento en el Derecho público y esté dirigido a la adopción de medidas relativas a la responsabilidad parental.

Mediante las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y sexta, el órgano jurisdiccional remitente pregunta *cómo deben interpretarse y articularse los conceptos de órgano jurisdiccional «mejor situado» y de «interés superior del menor», contenidos en el artículo 15,1.º del Reglamento.*

Conceptos que no están definidos en ninguna otra disposición del Reglamento, por lo que se deben interpretar teniendo en cuenta el contexto en el que se inscriben y los objetivos perseguidos por dicho Reglamento, teniendo presente que las normas de competencia que establece este Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del *interés superior del menor*. Consideración del interés superior del menor, en el marco del Reglamento 2201/2003, que tiene por objeto *garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor*. El legislador de la Unión recurrió, como se desprende del considerando 12 del Reglamento, al *criterio de proximidad, esto es conforme al artículo 8, apartado 1, en función del lugar de residencia habitual del menor en el momento en que se presente el asunto ante tales órganos jurisdiccionales.*

No obstante, el artículo 15, apartado 1, del Reglamento permite la remisión de un determinado asunto a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro diferente de aquel al que normalmente correspondería la competencia, siempre que, tal y como se desprende del *considerando 13 de este Reglamento, dicha remisión cumpla algunas condiciones específicas, por un lado, y se produzca únicamente con carácter excepcional, por otro.* En este contexto, procede interpretar el artículo 15,1.º, en el sentido de que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer de un determinado asunto, para poder solicitar la remisión a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tendrá que desvirtuar la fuerte presunción a favor del mantenimiento de su propia competencia que resulta de dicho Reglamento.

La remisión de un asunto en materia de responsabilidad parental por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro *únicamente debe efectuarse a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor en cuestión tenga una «vinculación especial».* En resumen existe una proximidad entre el menor afectado y un Estado miembro diferente de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto con arreglo al artículo 8,1.º de este Reglamento. Así los dos primeros elementos se refieren a la *residencia del menor* afectado en el otro Estado miembro de que se trate, adquirida bien anteriormente, bien con posterioridad a la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional normalmente competente. El tercer elemento hace referencia a la *nacionalidad del menor*. El cuarto elemento crea, en los litigios

pertinentes, la *proximidad del menor* con el otro Estado miembro a partir de los bienes que posea en él. En último lugar, el quinto elemento se basa en el *vínculo de proximidad que el menor, a través de las personas con quienes tenga lazos*, haya establecido con determinado Estado miembro.

Habida cuenta de la naturaleza de dichos elementos, procede considerar que, al aplicar el artículo 15,1.º del Reglamento el órgano jurisdiccional competente debe comparar la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «general» que une al menor afectado, con arreglo al artículo 8,1.º con la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «especial» demostrado por uno o varios de los elementos enunciados en el artículo 15,3.º de dicho Reglamento y que exista, en el caso concreto, entre el menor y otros determinados Estados miembro.

La existencia de una «*vinculación especial*», en el sentido del artículo 15,1.º en consideración a las circunstancias del asunto, entre el menor y otro Estado miembro, no prejuzga necesariamente la cuestión de si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro está «mejor situado para conocer del asunto», que el órgano jurisdiccional competente ni la remisión del asunto a este último órgano jurisdiccional responde al interés superior del menor.

El órgano jurisdiccional competente debe determinar si la remisión a ese otro órgano jurisdiccional *puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor* (como pueden ser sus normas procesales relativas a la obtención de las pruebas necesarias para resolver el asunto). Aunque para llevar a cabo dicha evaluación, el órgano jurisdiccional competente no debería tener en cuenta el derecho material del otro Estado miembro eventualmente aplicable ya que ello sería contrario a los principios de *confianza mutua entre Estados miembros* y de *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales* en las que se funda el Reglamento.

La exigencia de que la remisión responda al interés superior del menor implica que el órgano jurisdiccional competente valore la posible incidencia negativa de tal remisión sobre las relaciones afectivas, familiares y sociales o sobre la situación económica del menor de que se trate. Y también puede decidir (art. 15-1.º) la remisión parcial si las circunstancias así lo aconsejan.

Por estas razones el TJUE responde a las cuestiones prejudiciales tercera, cuarta y sexta en el sentido de que:

- *para poder estimar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse de que la remisión del asunto a dicho órgano jurisdiccional puede aportar un valor añadido real y concreto al examen del asunto, habida cuenta, en particular, de las normas de procedimiento aplicables en ese otro Estado miembro;*
- *para poder estimar que tal remisión responde al interés superior del menor, el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe cerciorarse, en particular, de que dicha remisión no pueda incidir negativamente en la situación del menor.*

En cuanto a las cuestiones prejudiciales *segunda* y *quinta* planteadas, el órgano jurisdiccional remitente pregunta: si el artículo 15-1.º debe interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro debe tener en cuenta, al aplicar dicha disposición en un asunto de responsabilidad parental determinado, la incidencia que la eventual remisión de dicho asunto

a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tenga sobre el derecho de libre circulación de las personas afectadas o el motivo por el cual la madre del menor de que se trata hizo uso de tal derecho antes de interponer su demanda. Todo ello teniendo en cuenta que con base al interés superior del menor se compruebe que tal remisión no puede incidir negativamente en la situación del menor afectado, como puede ser su incidencia negativa en el derecho de libre circulación del menor. Aunque las consideraciones relativas a otras personas a las que pueda afectar el asunto (la madre) no deben ser tenidas en cuenta, a menos que también resulten pertinentes para evaluar el riesgo para el menor. Se llega a la misma conclusión con respecto al motivo por el que la madre del menor ejerció su derecho de libre circulación antes de presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional competente.

El TJUE responde a las cuestiones prejudiciales segunda y quinta concluyendo que:

- *el órgano jurisdiccional competente de un Estado miembro no debe tener en cuenta, al aplicar esta disposición en un asunto de responsabilidad parental:*
- *ni la incidencia que la eventual remisión del asunto a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tenga sobre el Derecho de libre circulación de las personas afectadas, con excepción del menor de que se trate,*
- *ni el motivo por el que la madre del menor ejerció tal derecho, con anterioridad a la presentación de la demanda, a no ser que tales consideraciones puedan incidir negativamente en la situación del menor.*

Otra de las resoluciones del TJUE referida a la *materia de alimentos* que estamos analizando es la sentencia (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017¹⁶ resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Vilniaus miesto apylinkės teismas* (Tribunal de Distrito de Vilna, Lituania) respecto a la interpretación del artículo 8 del Reglamento 2201/2003/CE y el artículo 3 del Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

Y concluye indicando que el artículo 8 del Reglamento 2201/2003 deben interpretarse en el sentido de que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos en lo que respecta a un menor de edad no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro. Los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de esa demanda son los órganos jurisdiccionales de este último Estado miembro.

VII. CONCLUSIONES

— El Reglamento 2201/2003 establece, como regla general, la competencia de los tribunales del lugar de residencia habitual del menor, pero esta tiene excepciones, por prórroga de la competencia asumiendo la competencia para resolver sobre responsabilidad parental el órgano jurisdiccional del Estado que conoce del proceso de separación, nulidad o divorcio cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor y cuando la competencia haya

sido aceptada expresamente por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés del menor.

— Si el menor tiene su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 1996 se presumirá que la competencia es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

— Una vez firmado el divorcio cesará la competencia en cuanto sea firme la sentencia porque al residir el menor en territorio diferente al del Estado miembro, su ejecución solo será posible mediante el reconocimiento y ejecución de la sentencia por el Estado de residencia del menor.

— Al resultar la obligación de alimentos de la responsabilidad parental cuyos titulares son los padres del menor que acuden al proceso para la disolución del matrimonio por divorcio a los tribunales españoles, estos son competentes también para resolver sobre responsabilidad parental y para resolver sobre la obligación de alimentos.

— Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental son aplicables en los asuntos de adopción de medidas de protección del menor, con arreglo al Derecho interno de un Estado miembro, pertenecientes al ámbito del Derecho público.

— La remisión de un asunto en materia de responsabilidad parental por parte de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro únicamente debe efectuarse a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor en cuestión tenga una «vinculación especial». Debe existir una proximidad entre el menor afectado y un Estado miembro diferente de aquel al que pertenece el órgano jurisdiccional competente para conocer del asunto. El órgano jurisdiccional competente debe comparar la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «general» que une al menor afectado con la importancia y la intensidad del vínculo de proximidad «especial» demostrado por uno o varios de los elementos enunciados (*residencia del menor, nacionalidad del menor, proximidad del menor* con el otro Estado miembro a partir de los bienes que posea en él, *vínculo de proximidad que el menor, a través de las personas con quienes tenga lazos*, haya establecido con determinado Estado miembro) y que exista, en el caso concreto, entre el menor y otros determinados Estados miembro.

— El órgano jurisdiccional competente debe determinar si la remisión a ese otro órgano jurisdiccional *puede aportar un valor añadido real y concreto para la adopción de una decisión sobre el menor*. Para realizar dicha evaluación, el órgano jurisdiccional competente no debería tener en cuenta el derecho material del otro Estado miembro eventualmente aplicable ya que ello sería contrario a los principios de *confianza mutua entre Estados miembro* y de *reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales* en las que se funda el Reglamento.

— Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro que han adoptado una resolución firme en materia de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos no siguen siendo competentes para conocer de una demanda de modificación de las medidas establecidas en esa resolución en el caso de que la residencia habitual del menor esté situada en el territorio de otro Estado miembro.

— Son varias las decisiones prejudiciales presentadas ante el Tribunal de Justicia que están pendientes de contestación en torno a la aclaración de la residencia del menor y de los órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo del asunto.

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS (DEL TJUE Y AP) CITADAS POR ORDEN CRO- NOLÓGICO

- STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Vilniaus miesto apylink's teismas* - Lituania), W, V/X. (Asunto C-499/15).
- STJUE Sala Tercera, sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. (La Ley 145340/2016). ECLI: EU:C:2016:819. Diario Oficial de la Unión Europea. 9.1.2017.
- Petición de decisión prejudicial planteada por la *Judecătoria Oradea* (Rumanía) el 8 de febrero de 2018, (Asunto C-85/18), (2018/C 152/15). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:152:FULL&from=ES>
- Petición de decisión prejudicial planteada el 9 de agosto de 2017. Reglamento 2201/03: artículo 15: Concepto órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo del asunto.
- Petición de decisión prejudicial planteada 22 de enero de 2018 ES Diario Oficial de la Unión Europea C 22/21. Asunto C-604/17. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:022:FULL&from=ES>
- AP de León, Sección 1.ª, sentencia 308/2017 de 6 de septiembre de 2017, Rec. 353/2017. Ponente: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ. Núm. de sentencia: 308/2017. Núm. de Recurso: 353/2017. Diario La Ley, Núm. 9105, Sección Jurisprudencia, 22 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. ECLI: ES:APLE:2017:857.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (art. 288)
- Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (art. 249)
- Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.
- Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.
- Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.

NOTAS

¹ AP de León, Sección 1.ª, sentencia 308/2017 de 6 de septiembre de 2017, Rec. 353/2017. Ponente: Ricardo RODRÍGUEZ LÓPEZ. Núm. de Sentencia: 308/2017. Núm. de Recurso: 353/2017. Diario La Ley, Núm. 9105, Sección Jurisprudencia, 22 de diciembre de 2017, Editorial Wolters Kluwer. ECLI: ES:APLE:2017:857.

² Vigente desde 12 de junio de 1985 hasta 1 de diciembre de 2009.

³ Artículo 288 (antiguo art. 249 TCE): «Para ejercer las competencias de la Unión, las instituciones adoptarán Reglamentos, Directivas, Decisiones, Recomendaciones y Dictámenes.

El Reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

La Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.

La Decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, solo será obligatoria para estos.

Las Recomendaciones y los Dictámenes no serán vinculantes».

⁴ Precisamente porque es de aplicación lo dispuesto en el citado Reglamento, hemos de tener en cuenta lo que en él se dispone acerca de sus relaciones con otros actos. Así, por ejemplo, en su artículo 59.1 dispone: «...el presente Reglamento sustituirá para los Estados miembro a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembro y relativos a materias que en él se regulan». Y también establece su prioridad sobre otros convenios internacionales multilaterales (art. 60), que siguen siendo de aplicación en tanto en cuanto no contradigan lo que en él se dispone (art. 62), con la excepción del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, a la que se alude en el artículo 61, pero Senegal no es signatario del citado convenio, por lo que, como ya se ha expuesto, es de exclusiva aplicación lo dispuesto en el Reglamento 2201/2003 CE (tampoco existe convenio alguno bilateral que vincule a España y Senegal sobre competencia judicial internacional).

⁵ STJUE de 22 diciembre de 2010. Mercredi: analizó cómo definir la residencia de un menor lactante al objeto de establecer por un juez medidas en materia de responsabilidad parental. El tribunal señaló que no hay que atender a las circunstancias del lactante, sino que hay que atender a la residencia de los padres, la residencia del lactante en principio es la misma que la del progenitor que tenga la custodia.

STJUE de 2 de abril de 2009. Korkein: Enumera un catálogo de las circunstancias que debe ponderar el tribunal para determinar la residencia habitual de un menor: integración social, integración familiar, regularidad, condición y motivos de esa permanencia, escolarización, conocimientos lingüísticos, etc. Teóricamente el juez, antes de pronunciarse sobre si un menor tiene su residencia en su territorio, tiene que valorar todas estas circunstancias. El Tribunal insiste en que la residencia habitual, determinarla, exige valorar todas estas circunstancias.

⁶ Artículo 12. Prórroga de la competencia: «1. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que se ejerza la competencia con arreglo al artículo 3 en una demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial tendrán competencia en las cuestiones relativas a la responsabilidad parental vinculadas a dicha demanda:

a) cuando al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el menor; y

b) cuando la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al interés superior del menor.

2. La competencia ejercida en virtud del apartado 1 cesará:

a) en cuanto sea firme la resolución estimatoria o desestimatoria de la demanda de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, o

b) en cuanto sea firme una resolución sobre responsabilidad parental, en aquellos casos en que en el momento indicado en la letra a) aún estén en curso procedimientos relativos a la responsabilidad parental,

c) en los casos considerados en las letras a) y b), en cuanto hayan concluido los procedimientos por otras razones.

4. Cuando el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea parte contratante del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate».

⁷ El Convenio de La Haya de 1996 no sería aplicable porque Senegal no se ha adherido ni lo ha ratificado, pero sí lo sería el Reglamento 2201/2003 CE. En cualquier caso, ponemos de relieve que en el artículo 10 del Convenio de La Haya citado, se establece: «1. Sin perjuicio de los artículos 5 a 9, las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con residencia habitual en otro Estado contratante o en anulación de su matrimonio, pueden adoptar, si la ley de su Estado lo permite, medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, si: [...] b) la competencia de estas autoridades para adoptar tales medidas ha sido aceptada por los padres, así como por cualquier otra persona que tenga la responsabilidad parental respecto al niño, si esta competencia responde al interés superior del niño» (tiene una redacción sustancialmente idéntica a la ofrecida en el artículo 12.1 del Reglamento 2201/2003 de la Unión Europea, por lo que, si se aplicara ese precepto se llegaría a la misma conclusión).

⁸ Artículo 12, 3. «Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro tendrán igualmente competencia en materia de responsabilidad parental en procedimientos distintos de los contemplados en el apartado 1:

a) cuando el menor esté estrechamente vinculado a ese Estado miembro, en especial por el hecho de que uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga en él su residencia habitual o porque el menor es nacional de dicho Estado miembro, y

b) cuando su competencia haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por todas las partes en el procedimiento en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional y la competencia responda al interés superior del menor».

⁹ «El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en los Estados miembro de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea» (art. 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y artículo 288 del vigente Tratado de funcionamiento de la Unión Europea).

¹⁰ Conforme al artículo 13, cuando no pueda determinarse la residencia habitual del menor y no pueda determinarse la competencia sobre la base del artículo 12, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor (Criterio residual).

¹¹ Petición de decisión prejudicial planteada por la *Judecătoria Oradea* (Rumanía) el 8 de febrero de 2018. (Asunto C-85/18). (2018/C 152/15). <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:152:FULL&from=ES>

¹² Petición de decisión prejudicial planteada el 9 de agosto de 2017. Reglamento 2201/03: artículo 15: concepto órganos jurisdiccionales competentes para conocer del fondo del asunto.

¹³ Asunto C-604/17. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:022:FULL&from=ES>. 22.1.2018 ES Diario Oficial de la Unión Europea C 22/21.

¹⁴ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Tercera, Sentencia de 27 de octubre de 2016, C-428/2015. Ponente: Jiri MALENOVSKÝ. (La Ley 145340/2016). ECLI: EU:C:2016:819. Diario Oficial de la Unión Europea, 9 de enero de 2017.

¹⁵ En resumen la Supreme Court de Irlanda decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes *cuestiones prejudiciales*:

«1) ¿Es aplicable el artículo 15 del Reglamento núm. 2201/2003 a los recursos en materia de protección de menores que tengan su fundamento en el Derecho público, interpuestos por una autoridad local de un Estado miembro, en caso de que, si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro se declara competente, sea preciso que otra autoridad inicie un nuevo procedimiento, con arreglo a una normativa legal diferente y, con cierta o toda probabilidad, constituido por circunstancias fácticas diferentes?

2) En caso afirmativo, ¿en qué medida, en su caso, debe tener en cuenta un órgano jurisdiccional la eventual repercusión de que se acepte una solicitud formulada al amparo del artículo 15 en la libertad de circulación de las personas afectadas?

3) Si el concepto de «interés superior» del menor contenido en el artículo 15, apartado 1, del Reglamento núm. 2201/2003 únicamente guarda relación con la decisión sobre la competencia jurisdiccional, ¿qué elementos puede tener en cuenta un órgano jurisdiccional respecto a dicho concepto que no hayan sido ya considerados para determinar si otro órgano jurisdiccional está «mejor situado»?

4) A los efectos del artículo 15 del Reglamento núm. 2201/2003, ¿puede un órgano jurisdiccional tener en cuenta el Derecho sustantivo, las normas procedimentales o la práctica judicial del Estado miembro pertinente?

5) A los efectos del artículo 15 del Reglamento núm. 2201/2003, ¿en qué medida debe tomar en consideración un órgano jurisdiccional nacional las circunstancias concretas del caso, incluido el deseo de una madre de eludir la competencia de los servicios sociales de su Estado de origen, que la lleva a trasladarse para dar a luz a su hijo a otro país cuyo sistema de servicios sociales considera más favorable?

6) ¿Qué elementos concretos debe apreciar un órgano jurisdiccional nacional para determinar qué órgano jurisdiccional está mejor situado para conocer del asunto?».

¹⁶ STJUE (Sala Primera) de 15 de febrero de 2017 (petición de decisión prejudicial planteada por el *Vilniaus miesto apylink's teismas* - Lituania), W, V/X, (Asunto C-499/15).

El interés superior del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

The best interests of the child in the jurisprudence of the Supreme Court

por

JUAN FAUSTINO DOMÍNGUEZ REYES
Doctor en Derecho

RESUMEN: El presente trabajo analiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el interés superior del menor. Este principio ha llegado a perfilar distintos criterios interpretativos. La dificultad está en que el menor es titular de derechos y el interés se presenta como principio rector que abarca distintas situaciones familiares que los entes públicos o privados, órganos administrativos y Tribunales han de concretar ante el conflicto de prevalencia del interés del menor.

ABSTRACT: *This work develops the jurisprudence of the Supreme Court in relation to the lower interest. This principle has come to outline different interpretative criteria. The difficulty is that the child is the holder of rights and the interest is presented as a guiding principle that covers different family situations that public or private entities, administrative bodies and tribunals have to realize before the conflict of prevalence of the child's interest.*

PALABRAS CLAVES: Interés del menor. Principios. Derechos. Situaciones familiares. Prevalencia.

KEY WORDS: *Interest of the minor. Principles. Rights. Family situations. Prevalence.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONSIDERACIONES GENERALES.—III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. INTERÉS DEL MENOR COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO. 2. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLÁUSULA GENERAL. 3. EL INTERÉS DEL MENOR COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SUBJETIVOS. 4. OTROS SUPUESTOS.—IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

No existe un concepto de «interés superior del menor», posiblemente porque estamos ante un concepto holístico, esto es, «interpretación del todo sobre la

suma de las partes que lo componen». No obstante, su origen está en el Derecho anglosajón (*The Best Interest of the Child*) basado en el derecho objetivo para satisfacer el interés y las necesidades de su titular (Teoría del Interés), que creemos asume el legislador español desde la *Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*. Esta ley en su Preámbulo recoge como principios fundamentales «la configuración de la misma como instrumento de integración familiar, referido esencialmente a quienes más lo necesitan, y el beneficio del adoptado que se sobrepone, con el necesario equilibrio, a cualquier otro interés legítimo subyacente en el proceso de constitución. Tales finalidades de integración familiar y de consecución, con carácter prioritario, del interés del menor, son servidos en el texto legal mediante la consagración de la completa ruptura del vínculo jurídico que el adoptado mantenía con su familia anterior [...]», norma que fue sustituida en parte por la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil*, que no derogó la anterior, sino tan solo la modificó; así, el artículo 2, bajo la rúbrica: Principios generales tomó el triple criterio interpretativo que el Comité de los Derechos del Niño efectuó sobre el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: 1. Sustantivo: el menor tiene derecho a que se adopten medidas de evaluación y ponderación ante una solución concreta; 2. Interpretativo: las disposiciones jurídicas han de ser interpretadas conforme al interés superior del menor; 3. Procedimiento: las limitaciones de la capacidad de obrar del menor se interpretarán de forma restrictiva tomando en consideración el interés del niño sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en conflicto. Posteriormente se publicó la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* siendo complementada por la *Ley 26/2015, de 28 de julio, de igual título*. Estas normas bajo el mandato del artículo 39 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica a la familia, en especial a los niños, y conforme a los Convenios y Tratados Internacionales.

El principio de interés superior del menor ha sido estudiado desde varias disciplinas jurídicas caracterizándose entre otros aspectos por el hecho de su necesaria evolución social, que conlleva ponderar, evaluar e interpretar dicho principio para su correcta diligencia, ya que, su aplicación por entes públicos y privados, órganos administrativos y Tribunales ha dejado una casuística de criterios interpretativos que hace necesario distinguir, desde mi punto de vista: 1. El interés superior del menor como un concepto jurídico indeterminado: criterio que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación, es decir, hay que determinar en qué consiste el interés, para su adecuada aplicación al caso concreto, en definitiva se trata de valorar y ponderar las circunstancias concretas del caso, a los efectos de que el juez, con los datos e informes aportados procedan a aplicar el principio del interés del menor a la situación concreta; 2. Un segundo criterio doctrinal que entiende el interés del niño como una cláusula general: dicha cláusula supone aplicar la prevalencia del interés del niño ante un conflicto familiar, por tanto, ante dudas en su aplicación es necesaria la articulación de criterios necesarios de interpretación del principio de interés del menor en cada una de las manifestaciones. Nos valemos en este caso de la STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833), que estableció en su FD 5.º 5. «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor contenida en la legislación no permite al juez alcanzar un resultado cualquiera en la aplicación de la misma. La concreción

de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiran la legislación nacional y los convenios internacionales». Por tanto, se trata de que, ante un supuesto de colisión de normas puede, conforme a la sana crítica del juzgador determinar el interés del menor a la situación concreta; 3. Por último, la teoría que admite el interés superior del menor como un derecho fundamental subjetivo: esta teoría equipara el interés del menor a los derechos subjetivos en donde se reconoce a su titular protección y defensa, lo que conlleva encuadrar al menor dentro de los derechos de la personalidad. Así, FERRAJOLI¹ señala «son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponde universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona». En este sentido la STS de 11 de febrero de 2011 (TOL 2.048.040), dispuso que: «La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ellos suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses».

II. EL PRINCIPIO DE INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: CONSIDERACIONES GENERALES

El interés superior del niño tiene sus antecedentes en los textos internacionales, concretamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989², cuyo artículo 3, párrafo 1 dispone: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño»³. Este precepto fue interpretado por el Comité de los Derechos del Niño⁴ (en adelante Comité) que inicialmente estimó sobre los derechos del menor que su interés superior debe ser considerado primordial (art. 3-1). En su Introducción (A), añade que «la Convención sobre los Derechos del Niño nació con el objeto de respetar todos los derechos reconocidos en la Convención. En este sentido no existe jerarquía de derechos, sino que todos los derechos responden al interés superior del niño». Por tanto, a fin de garantizar el interés superior del menor estos comprenden tres dimensiones. Un derecho sustantivo: el derecho del niño debe ser considerado primordial que evalúe y tenga en cuenta el sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida [...]. Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño [...]. Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concretos o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una situación de las posibles interpretaciones. Estos criterios se deben, desde mi punto de vista, a que no existe un concepto de «interés superior del menor», es decir, no estamos ante un concepto nuevo, como tampoco unitario, sino holístico⁵, lo que supone «la interpretación del todo sobre la suma de las partes que lo componen». Ya veremos cómo los criterios apuntados por el Comité han sido asumidos en parte por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De momento tan

solo señalamos que forma parte del Preámbulo II de la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*⁶, que es, además, del mencionado triple aspecto interpretativo del Comité, el principio fundamental de esta materia (que el interés superior sea primario) entendido como un concepto jurídico indeterminado⁷.

No obstante, la Constitución de 1978, en el capítulo tercero, título primero «Los principios rectores de la política social y económica», artículo 39 consagra la protección social, económica y jurídica de la familia: artículo 39.1 la protección de la familia en sentido general; artículo 39.2 la protección de los hijos; artículo 39.3 los deberes de asistencia de los padres con los hijos; artículo 39.4 la protección de la infancia de conformidad con los acuerdos internacionales para sus derechos⁸. Como desarrollo legislativo destacamos la *Ley 21/1989, de 11 de noviembre, por la que se modifica determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*⁹, que introdujo los cambios más sustanciales en materia de protección del menor. Se sustituye el concepto de abandono y en su lugar se incorpora la institución del desamparo, agilizando los procedimientos de protección del menor al permitir la asunción automática por parte de las entidades públicas competentes. Se introduce la adopción como elemento integrador de la familia, incorporando la institución del acogimiento familiar; asimismo, la generalización del interés superior del menor como principio inspirador de todas las actuaciones administrativas y judiciales incrementando las competencias del Ministerio Fiscal. Posteriormente se dictó la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*¹⁰. Esta norma supuso, según recoge su Exposición de Motivos 2, «el ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de particular en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades [...]; por tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección». En su artículo 2, bajo la rúbrica de los Principios generales, dispone: «En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir [...]». Este precepto puesto en relación con el artículo 11.2. a) destaca como principios rectores «la supremacía del interés del menor», en este sentido CASTILLO MARTÍNEZ¹¹ destacando la Exposición de Motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero, señala que el fundamento del interés preferente del menor consiste en promover su autonomía como sujeto. Sin embargo, esta norma fue modificada por la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*¹², estableciendo en su lugar el artículo 2.1. «Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir». Esta norma recoge el principio *favor minoris*¹³, en donde no solo el menor como titular de derechos, sino ante las decisiones que le afecten; por tanto, el principio rector de toda situación familiar, administrativa y judicial, el interés del

menor debe ser el criterio prevalente para la resolución de conflictos, lo esencial como ha puesto de relieve LINACERO DE LA FUENTE¹⁴, está en relacionar dicho principio con el resto de los derechos fundamentales del niño, y aunque la valoración del interés del menor sea discrecional ello no justifica resoluciones arbitrarias. A colación de lo expuesto en la STS de 25 de abril de 2011 (STS 2666/2011) FD 3.º dispuso «La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establece los artículos 53 CE y 5 LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar, las decisiones adecuadas para su protección»¹⁵.

Tomando como referente la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, se dictó la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia¹⁶, norma esta última que completa «los cambios necesarios en la legislación española en materia de la infancia y la adolescencia que permitan continuar garantizando a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado y que constituya una referencia para las comunidades autónomas en el desarrollo de sus respectivas legislaciones en la materia. Además, y de modo recíproco, esta ley incorpora algunas novedades que ya han sido introducidas por algunas normas autonómicas estos años atrás»¹⁷. En consecuencia, la leyes orgánicas 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica al menor (LOPJM) y la 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (LOMSPIA), asimismo, la Ley 26/2015, de 28 de julio, (de igual título a la anterior) constituyen el marco jurídico normativo estatal de la protección superior del menor¹⁸.

La ley no define el «interés superior del menor»¹⁹, sino destaca los aspectos que deben ser valorados ante la toma de decisiones por los Tribunales, órganos legislativos e instituciones públicas o privadas, declarando la supremacía de las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección²⁰, por lo que, inicialmente hemos de señalar que estamos ante un concepto complejo²¹; pero, para un sector de la doctrina estamos ante un concepto jurídico indeterminado. Así, en opinión de RAVETLLAT BALLESTÉ²² citando la STS de 27 de diciembre de 1985 (RJ 1986, 496): «La técnica del concepto jurídico indeterminado, la Ley se refiere a una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante, lo que está claro es que intenta delimitar un supuesto concreto que admite ser puntualizado en el momento de su aplicación»; DOLZ LAGO²³ señala que la falta de motivación de la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, sobre el interés superior del menor regulado en el artículo 2 de la LO 8/2015, sobre un triple aspecto: derecho subjetivo (art. 2.1 y 4); principio jurídico (art. 2.2 y 3) y norma de procedimiento (art. 2.5), debe entenderse como interés público tutelado por la ley. Por su parte CLAVIJO SUNTURA²⁴ afirma que la indeterminación del interés del menor tiene un doble aspecto: en el primero, se tiene que determinar en qué consiste el interés; en el segundo, se debe precisar lo que más le conviene de acuerdo a una situación concreta; BALLESTEROS DE LOS RÍOS comentado la STS de 11 de marzo de 2010 (RJ 2010, 2340)²⁵ señala que el concepto jurídico indeterminado conlleva que el juez debe llenar de contenido efectivo de tal concepto, además de valorar los supuestos de hecho; afirma URREA SALAZAR²⁶ que el reconocimiento del interés superior del menor como principio general o cláusula general, lo que ampara estas denominaciones es un concepto jurídico indeterminado; por último,

SEIJAS QUINTANA²⁷, en relación con el interés del menor afirma que se trata de un «concepto jurídico indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias de lógica y de sentido común, determinadas por el conocimiento, la experiencia y la sensibilidad, que tiene y que adquiere a lo largo del proceso, conforme a los datos que las partes interesadas le ofrecen».

Otro sector de la doctrina entiende que el «interés superior del menor» consiste en una cláusula general. Así, el profesor DÍEZ PICAZO²⁸ entiende «la cláusula de beneficio de los hijos supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede». Por su parte GUILARTE MARTÍN-CALERO²⁹ señala que cuando entran en conflicto los derechos del menor hay que precisar «el interés preferente y el derecho que le asiste [...] solo cuando se vulnera otro derecho que al menor incumbe podrá limitarse o excluirse su ejercicio»; TORRES PEREA³⁰ afirma que las cláusulas generales «son aquellas disposiciones legales a las que les falta precisión por referirse a supuestos de hecho muy generales o muy abstractos», concretando MIQUEL GONZÁLEZ³¹ que, en tanto la norma jurídica esté incompleta, la cláusula general supone un medio metodológico específico dentro del Derecho legislado. Ciertamente la cláusula general puede colisionar con otra norma, en este sentido se ha de optar por una u otra, de tal manera que se aplica una de las dos, esta técnica permite trasladar a cada caso concreto la determinación del interés del menor, todo ello significa que en caso de crisis el interés del menor se evalúa para concretar el *bonus filii* en cada situación concreta. Por tanto, se puede señalar como función principal de la cláusula general la de completar el Derecho, además de desarrollarlo y adoptarlo; que, como ha puesto de relieve MIQUEL GONZÁLEZ³², «la vinculación del juez a la ley no puede ser de forma rígida, sino flexible», es decir, corregir el derecho positivo para adaptarlo al caso concreto, de este modo se evita situaciones de injusticia.

Por último destacamos la teoría que entiende el «interés superior del menor» como un derecho fundamental subjetivo. Deliberadamente lo hemos denominado así, por dos razones: en la primera tenemos los derechos fundamentales como referente de los derechos humanos³³; en la segunda, los derechos fundamentales se equiparan a los derechos subjetivos³⁴. Así, para SÁNCHEZ HERNÁNDEZ³⁵ citando el artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, modificada por la LO 8/2015, de 22 de julio, el interés del menor no es un principio general, sino principio fundamental; sin embargo VALERA CASTRO³⁶ citando a DE CASTRO Y BRAVO³⁷ define el derecho subjetivo como «la situación de poder concreto concedida a la persona [...] a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa», por tanto, supone que el menor sea titular de una actuación a la que le corresponde protección y defensa. En efecto, equiparando el interés del menor como derecho subjetivo implica el reconocimiento de que a su titular le corresponde protección y defensa, ello supone, no obstante, encuadrar el interés del menor dentro de los derechos de la personalidad³⁸, corrobora lo expuesto GARCÍA RUBIO³⁹ citando a FERRAJOLI⁴⁰ cuando señala que «son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de persona: entendiéndose por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica, y por *status* la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de estos». Así que, equiparando el interés del menor como un derecho subjetivo

implica el reconocimiento de que a su titular le corresponde: protección y defensa, por tanto, de este modo queda encuadrado el interés superior del menor dentro de los derechos de la personalidad⁴¹.

III. EL INTERÉS DEL MENOR EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO

Nuestro Código Civil cita en varios preceptos el principio de interés del menor. A título de ejemplo indicamos los siguientes artículos 20.2 a; 90.a.b; 92.4; 92.8; 94.2; 149; 154; 156; 172.4; 172.ter.2; 173.3, 2.º; 173.4; 173.bis. 2.º; 174.2; además del artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, modificado por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio. Esta última en su Preámbulo II, hace constar: «Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones». Todos los preceptos indicados aluden al interés del menor o *favor minoris*, cuyo objetivo en opinión de RIVERO HERNÁNDEZ⁴², no consiste en buscar lo mejor para el menor, sino en ayudarle a adquirir progresivamente su autonomía e identidad, lo que ha dificultado su conceptualización y nos ha llevado a distintas interpretaciones. Lo que caracteriza el concepto jurídico indeterminado es que la ley no da una solución directa, sino debe concretarse en cada caso. Así la STS de 11 de marzo de 2010 (TOL 1.798.264), afirmó en su FD 2.º que «es cierto que al introducir la ley de forma expresa el interés del menor como concepto jurídico indeterminado dificulta notablemente la aplicación de la norma correspondiendo al juez en su aplicación, llenar de contenido efectivo tal concepto al juzgar y valorar el supuesto de hecho, sus datos y circunstancias, pues como señala la doctrina sería necesario encontrar criterios, medios o procedimientos para averiguar, racionalmente, en qué consiste el interés del menor en los términos indicados y paralelamente determinarlo en concreto los casos correspondientes». Sin embargo, la STS de 13 de febrero de 2015 (RJ 2015, 3763), destacó que «al apelar al interés superior del menor, no nos estamos refiriendo a algo abstracto e indeterminado, sino que hablamos de un menor perfectamente individualizado, con nombre y apellidos, que ha crecido y se ha desarrollado en un determinado entorno familiar, social y económico que debe mantenerse en lo posible, si ello le es beneficioso».

Desde mi punto de vista la indeterminación de interés del menor conlleva una valoración por parte del juez de todas las circunstancias para concretar en cada caso y en cada situación de crisis familiar el interés del menor; ello no impide la determinación de una técnica uniforme a los efectos de un concepto jurídico del interés del menor: el problema del mencionado concepto jurídico indeterminado consiste, como apuntamos más arriba, en determinar en qué consiste el interés del niño, y en precisar lo que más conviene al menor en una situación concreta⁴³. Sin embargo, se ha desarrollado una jurisprudencia en donde el concepto jurídico indeterminado consiste en una valoración que puede ser objeto de revisión conceptual, como es el caso de la STS de 13 de junio de 2011 (STS 4911/2011), que en su FD 5.º destacó «por tanto, y teniendo en cuenta que como dice la STS 384/2005, de 23 de mayo (STS 3272/2005), la determinación del mayor beneficio del menor (*favor filii*) independiente de que los hechos que lleven a este extremo

deban mantenerse, al tratarse de una valoración (*como «concepto jurídico indeterminado» que es*) de una calificación, puede ser objeto, partiendo de ellos, de una revisión conceptual en casación». Siguiendo con esta línea la STS de 31 de enero de 2013 (STS 373/2013), en su FD 3.º señaló que «la sentencia justifica la medida entre otras cosas porque considera que el artículo 776 de la LEC es una concreción del concepto jurídico indeterminado del interés superior del menor, y así puede ser, ciertamente, pero no siempre [...]».

Un caso particular en relación con nuestro tema es el desarrollado por la STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833). Los presupuestos facticos son los siguientes: la presente resolución ventila el supuesto de dos hombres que contraen matrimonio en España. Posteriormente deciden contratar los servicios de una madre de alquiler en California y, de dicho acuerdo nacen dos niños. Los padres proceden a solicitar la correspondiente inscripción de nacimiento en el Registro Civil del Consulado de España en Los Ángeles, en dicha solicitud se aporta los certificados de nacimiento debidamente autorizados por el Estado de California. El consulado deniega dicha inscripción con base a la prohibición en la legislación española. Contra dicha decisión se interpone recurso ante la DGRN, que por Resolución de 18 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1735), anula la decisión consular y, en su defecto, acuerda la inscripción de nacimiento de los menores en el Registro Civil⁴⁴. Ante la mencionada RDGRN de 18 de febrero de 2009, se interpone recurso por el Ministerio Fiscal ante el Juzgado de Instancia, por no estar regulado en nuestra legislación la maternidad subrogada, dictando sentencia el 15 de septiembre de 2010⁴⁵, que anula dicha inscripción; sentencia que, por otro lado, fue recurrida ante la Sala de Apelación de Valencia, dictando sentencia el 23 de noviembre de 2011⁴⁶, que confirma la resolución de instancia; por último se recurre ante la Sala Primera del Tribunal Supremo. Paralelamente la DGRN dictó una Instrucción con fecha 5 de octubre de 2010⁴⁷, que entre otros extremos, declaró que los niños nacidos en el extranjero gracias a las técnicas de gestación por sustitución, serán inscritos en el Registro Civil. En relación con la sentencia que resolvió el asunto, STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833), señaló en su FD 5.º 3. que: «El interés superior del niño, o del menor, es un concepto jurídico indeterminado, esto es, una cláusula general susceptible de concreción que el propio legislador introduce conscientemente para ampliar los márgenes de la ponderación judicial. Pero en ocasiones estos conceptos jurídicos indeterminados son lo que se ha denominado «conceptos esencialmente controvertidos», esto es, cláusulas que expresan un criterio normativo sobre el que no existe una unanimidad social porque personas representativas de distintos sectores o sensibilidades sociales pueden estar en desacuerdo acerca del contenido específico de ese criterio. Este carácter controvertido puede predicarse del “interés superior del menor” cuando el mismo ha de determinarse en supuestos como el aquí enjuiciado».

Otro supuesto que, en principio, podemos clasificar como caso particular es el criterio reiterado y uniforme del Alto Tribunal en estimar la atribución de la vivienda familiar a los hijos menores de edad como una manifestación del principio superior del menor, salvo lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, por lo que traemos a colación un supuesto de modificación de medidas que, inicialmente fue otorgado el uso de la vivienda, pero con el transcurso del tiempo se solicita la modificación de dichas medidas. Así, la STS de 12 de febrero de 2014 (STS 1229/2014), estimó en su FD 2.º 5. «Si bien estos hechos podrán ser valorados “atendidas las circunstancias del caso”, junto con otras que pudieran concurrir, el mantenimiento del uso de la vivienda o su modificación deberá estar

justificado, necesariamente, en el interés más necesitado de protección que, como concepto jurídico indeterminado, deberá ser objeto de un juicio de ponderación en que, al lado de las circunstancias señaladas, se contrasten directamente (plano de igualdad) las circunstancias e interés dignos de protección o consideración que presente la situación de cada cónyuge».

A reglón seguido destacamos una línea jurisprudencial basada en que el interés superior del menor no aparece definido en nuestro ordenamiento, por lo que se configura como un concepto jurídico indeterminado que la doctrina ha venido relacionando como desarrollo de la personalidad del menor, junto con otros aspectos de protección como derechos fundamentales. Así la STS de 27 de octubre de 2014 (TOL 4.538.488), en su FD 8.º señala: «En toda la normativa internacional, estatal y autonómica mencionada late el superior interés del menor como criterio determinante para la adopción de cualquier medida que les afecte, si bien dicho interés superior no aparece definido, precisándose su configuración y concreción en cada caso. Se configura, pues, como un verdadero concepto jurídico indeterminado, que la doctrina ha venido relacionando bien con el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficia, más allá de las preferencias personales de sus padres». En iguales términos las SSTS de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 8478); 2 de diciembre de 2015 (STS 5220/2015); 20 de julio de 2015 (STS 3216/2015); 17 de marzo de 2015 (STS 1281/2016); 1 de febrero de 2016 (STS 338/2016); 20 de noviembre de 2016 (TOL 5.883.317). Concluimos con una resolución que entiende el concepto jurídico indeterminado como aquel que ha sido dejado por el legislador en manos del poder jurisdiccional de difícil y responsable tarea de llenarlo de contenido, STS 21 de diciembre de 2016 (STS 5532/2016)⁴⁸.

2. EL INTERÉS DEL MENOR COMO CLÁUSULA GENERAL

Otra postura doctrinal estima que el principio de interés superior del menor consiste en una cláusula general⁴⁹. En este sentido la mencionada cláusula general no solo sirve para completar el derecho, sino también para su desarrollo. Por su parte RIVERO HERNÁNDEZ⁵⁰ afirma que la cláusula general «consiste en precisar el significado del concepto, y luego, comprobar en qué situación y circunstancias concretas de las posibles se da el valor que ha pretendido captar la norma»; ROCA TRÍAS⁵¹ señala que en nuestro sistema legislativo el interés del menor se ha incluido como una cláusula general «en donde ni se enumeran cerradamente los requisitos ni se declaran ciertamente las consecuencias», es evidente, añade, que la introducción de las cláusulas generales conlleva ventajas y desventajas; las primeras permiten que el interés adopte soluciones a los criterios de la conciencia social; la segunda, supone un amplio abanico de interpretaciones posibles que conlleva desviaciones notables en una realidad social. En definitiva, se trata de aplicar una cláusula general, para neutralizar una norma imperativa. Un claro ejemplo de lo expuesto es la STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833), que en su FD 5.º 5. declaró: «La cláusula general de la consideración primordial del interés superior del menor entendida en la legislación no permite al juez alcanzar un resultado cualquiera en la aplicación de la misma. La concreción de dicho interés del menor no debe hacerse conforme a sus personales puntos de vista, sino tomando en consideración los valores asumidos por la sociedad como propios, contenidos tanto en las reglas legales como en los principios que inspiren la legislación nacional y convenciones internacionales».

Inicialmente la doctrina del Alto Tribunal centró el estudio y ponderación de las circunstancias de cada caso, como es el supuesto de la STS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.739.354), que en su FD 1.º destacó «de ahí la necesidad de que, para mejor y más justo juicio, se deba acentuar en casos como el presente, el estudio y ponderación de las circunstancias específicas de cada supuesto concreto para alcanzar de este modo la solución más razonable a un litigio generador de insostenibles inseguridades y dudas, a las que resulta obligado poner término en beneficio de todos y muy especialmente de la menor, cuyo interés superior debe presidir cualquier resolución al respecto en concordancia con nuestro Derecho tradicional y actual»; en análogos términos las SSTs de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.736.415) y 17 septiembre de 1996 (TOL 1.659.109). Sin embargo, la STS de 31 de julio de 2009 (STS 5817/2009), sentó el criterio de que en el principio de reinserción en la propia familia que, junto con el interés del menor, regulado en el artículo 172.4 del Código Civil, el artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño y la STC 298/1993, de 18 octubre, dichos principios o directrices que no establecen mandatos genéricos por razón de objeto, sino por razón de fin «En consecuencia, ninguno de ellos impone soluciones determinadas, sino que deben aplicarse mediante una técnica de adecuación a los fines impuestos, que debe aplicarse con criterios de prospección o exploración de las posibilidades futuras de conseguirlos [...] Ambos principios o directrices pueden entrar en contradicción, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del menor pueden no ser las que favorezcan la reinserción en la familia. Cuando existe esta contradicción se impone una técnica de ponderación que exige valorar el peso que el legislador atribuye a cada una de las directrices, para atribuir valor preponderante a una u otra de ellas»⁵², en análogos términos la STS de 21 de febrero de 2011 (TOL 2.052.804); por el contrario, la STS de 28 de septiembre de 2009 (TOL 1.723.158), en su FD 2.º destacó que: «Ciertamente, la normativa relativa al interés del menor tiene características de orden público, por lo que debe ser observada necesariamente por los jueces y tribunales en las decisiones que se tomen en relación a los menores, como se afirma en la STC 141/2000, de 29 de mayo». En efecto, las normas de orden público suponen reglas de categoría superior que requiere su exacto cumplimiento, pues su importancia en la sociedad es básico para una existencia digna, en análogos términos la STS de 25 de abril de 2011 (TOL 2.125.260).

La STS de 8 de octubre de 2009 (TOL 1.635.092), primera resolución que sepamos emplea la expresión «cláusula abierta», dice así «es cierto que en materia de guarda y custodia compartida el Código Civil contiene una cláusula abierta que obliga al juez a acordar esta modalidad siempre en interés del menor, después de los procedimientos que deben seguirse según los diferentes supuestos en que puede encontrarse la contienda judicial, una vez producida la crisis de la pareja y que resulta muy difícil concretar en qué consiste este interés a falta de una lista de criterios, como ocurre en algunos ordenamientos jurídicos, que sí los especifican». Ciertamente, nuestro Código Civil no ofrece una lista de criterios que permita al juzgador de instancia ponderar el interés del menor; a estos efectos MARTÍNEZ DE MORENTÍN⁵³ señala cinco supuestos que han sido práctica judicial: el criterio de la edad de los hijos; el tiempo disponible de los padres; mantener juntos a los hermanos; las convicciones filosóficas o religiosas de los padres; y el lugar de residencia geográfica de los padres. Todos ellos han sido criterios determinantes que, como ha señalado el profesor GARCÍA CANTERO, se encuadra sistemáticamente dentro de los derechos de la personalidad⁵⁴. La STS de 13 de febrero de 2015 (TOL 4.712.378) desarrolla en buena medida el criterio

anteriormente expuesto cuando en su FD 3.º dice: «el interés prevalente es la suma de distintos factores que tienen que ver no solo con las circunstancias personales de sus progenitores y las necesidades afectivas de los hijos tras la ruptura, de lo que es corolario lógico y natural la guarda y custodia compartida, sino con otras circunstancias personales, familiares, materiales, sociales y culturales que deben ser objeto de valoración para evitar en lo posible un factor de riesgo para la estabilidad del niño». La siguiente resolución podemos considerarla encuadrada como continuación de las anteriores. Es el caso de la STS de 10 de febrero de 2012 (TOL 2.450.933), en cuyo FD 1.º declaró que: «La patria potestad constituye un *officium* que se atribuye a los padres para conseguir el cumplimiento del interés del menor. Tal como se ha dicho reiteradamente en las sentencias de esta Sala, las causas de privación de la patria potestad están formuladas en forma de cláusula general en el artículo 170 del Código Civil y requieren ser aplicadas en cada caso según las circunstancias concurrentes».

3. EL INTERÉS DEL MENOR COMO DERECHOS FUNDAMENTALES SUBJETIVOS

Por último destacamos la doctrina que entiende el interés superior del menor como un derecho fundamental subjetivo. Esta teoría viene a establecer que después de la Convención sobre los Derechos del Niño, aceptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, existe una equiparación entre el interés del menor y los derechos fundamentales reconocidos por los Estados Parte de dicha convención, que conlleva una garantía en la que el legislador impone a los tribunales, autoridades e instituciones públicas y privadas el desarrollo y cumplimiento de los derechos de todas personas y niños⁵⁵, cuyo objetivo fundamental, señala SÁNCHEZ HERNÁNDEZ⁵⁶ «es mejorar las condiciones de vida de los niños considerados como sujetos de derechos y obligaciones, mediante un modelo común, con mayor implicación por parte de los poderes públicos, bajo el denominador de integrar en nuestro ordenamiento la defensa del principio del interés superior del menor». Añade a este respecto VARELA CASTRO⁵⁷ citando a GARCÍA RUBIO⁵⁸ que se trata de situar el interés superior del menor dentro de los derechos de la personalidad y como derecho fundamental. Como apuntamos más arriba la tesis de FERRAJOLI⁵⁹ propone un concepto de derechos fundamentales como derechos subjetivos que corresponde a todos los seres humanos en cuanto están dotados de un estado de persona con capacidad de obrar. Así, la STS de 25 de abril de 2011 (TOL 2.125.260), estableció que: «La protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y ello de forma prioritaria y preferente a los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses. Este principio se impone a los jueces y tribunales, según establecen los artículos 53 de la CE y 5 de la LOPJ, y obliga a esta Sala a tomar las decisiones adecuadas para su protección»⁶⁰. En iguales términos la STS de 31 de enero de 2013 (TOL 3.020.982).

En esta misma línea la STS de 18 de junio de 2015 (STS 2571/2015), declaró en su FD 2.º que: «si bien el artículo 161 tiene el mismo rango legal que las leyes autonómicas, la necesaria integración de los textos legales españoles con los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores [...] determina que el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo se considere como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa; así los artículos 3, 9

y 18 de la Convención sobre los derechos del niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, en los que se instaura como principio fundamental el interés superior del niño». En esta línea la STS de 28 de septiembre de 2016 (STS 4281/2016) estimó en su FD 2.º 1. «la protección del interés del menor constituye una cuestión de orden público. En definitiva, se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los demás implicados». En análogos términos las SSTS de 15 de enero de 2014 (SP/SENT/753429) y 12 de febrero de 2014 (SP/SENT/794381). Por último la STS de 7 de marzo de 2017 (STS 849/2017), consideró invocando los artículos 90 y 92 del Código Civil en relación con 3 de la Convención de las Naciones Unidas, el artículo 39 de la CE y el 2 de LO 1/1996, de 15 de enero, el interés del menor como un principio básico que determina la adopción de la guarda y custodia compartida. Así, el FD 3.º concretó que: «La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el artículo 39.2 de la CE».

4. OTROS SUPUESTOS

En este epígrafe destacamos una serie de resoluciones del Alto Tribunal que no están encuadradas en los supuestos anteriores. Así, tenemos que el recurso de casación por interés casacional al amparo del artículo 477.3 de la LEC por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina de esta Sala sobre la guarda y custodia compartida, fue doctrina de la STS de 18 de abril de 2011 (STS 8348/2011) FD 4.º 1. que destacó: «El interés casacional lo constituye no la simple diferencia entre sentencias pronunciadas por las Audiencias Provinciales y la sentencia impugnada, sino «la existencia de un previo y reiterado antagonismo entre órganos jurisdiccionales» que da lugar a una jurisprudencia contradictoria, que en virtud del principio de seguridad jurídica, el legislador trata de evitar». Su criterio fue aplicado a la misma sentencia en su FD 4.º 2. que precisó: «Es difícil fijar los términos de contradicción entre sentencias de las Audiencias Provinciales en relación con la interpretación de la que constituye «el interés del menor» en sentencias sobre guarda y custodia». Sin embargo, la STS de 10 de diciembre de 2012 (STS 8030/2012) en su FD 4.º señala que: «Las sentencias recurridas en casos que se discute la guarda y custodia compartida recuerdan la doctrina de esta Sala en el sentido que en los recursos solo se puede examinar si el juez *a quo* ha aplicado incorrectamente el principio de protección de interés del menor». En análogos términos las SSTS de 25 de marzo de 2015 (SP/SENT/808663); 12 de septiembre de 2016 (SP/SENT/869555); 19 de julio de 2017 (STS 3006/2017) y la de 16 de mayo de 2017 (STS 1902/2017).

Paralelamente a la doctrina expuesta se ha desarrollado otra que tiene su origen en la STS de 11 de marzo de 2010 (TOP 1.798.264), citando las SSTS de 8 de octubre de 2009 (RJ 2009, 4606 y 10 de marzo de 2010 (JUR 2010/95598), basada en lo siguiente: «no puede admitirse como criterio para la resolución del conflicto presentado en este recurso los que utiliza la Sala de instancia, relativos, uno, a la que denomina «deslocalización» de los niños, cuando esta es una de las consecuencias de este tipo de guarda; otro, la guarda compartida no consiste «en un premio o un castigo» al progenitor que mejor se haya comportado durante la

crisis matrimonial, sino una decisión, ciertamente compleja, en la que se deben tener en cuenta los criterios abiertos ya señalados que determinan lo que hay que tener en cuenta a la hora de determinar el interés del menor»⁶¹. En iguales términos las SSTs de 1 de octubre de 2010 (STS 4861/2010); de 25 de mayo de 2012 (STS 3793/2012); por el contrario, la STS de 26 de noviembre de 2015 (STS 4900/2015), declaró en su FD 2.º que «el concepto de interés del menor, ha sido desarrollado en la *Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia* no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que «se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares», se protegerá «la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y efectivas»; se ponderará «el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo»; «la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...» y a que «la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara». En iguales términos las SSTs de 13 de mayo de 2016 (SP/SENT/854897); 26 de mayo de 2016 (STS 2304/2016); y la de 22 de septiembre de 2017 (STS 3327/2017).

Otra doctrina jurisprudencial relativa a la toma de decisiones sobre el sistema de guarda y custodia compartida está basado sobre criterios que el propio Alto Tribunal ha establecido. Así, la STS de 16 de febrero de 2015 (SP/SENT/797334) estableció que: «la interpretación del artículo 92, 5, 6 y 7 del Código Civil debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar de guarda y custodia compartida, que se acordará cuando concurren alguno de los criterios reiterados por esta Sala y recogidos como doctrina jurisprudencial en la sentencia de 29 de abril de 2013 (SP/SENT/717716) de la siguiente forma: «debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo de sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea»; doctrina que se reitera en la STS de 30 de octubre de 2014 (SP/SENT/790293)». En iguales términos las SSTs de 25 de octubre de 2012 (SP/SENT/693493); 16 de febrero de 2014 (SP/SENT/784370); 14 de julio de 2015 (SP/SENT/819977); 15 de julio de 2015 (SP/SENT/820644); 17 de julio de 2015 (SP/SENT/820317); 11 de febrero de 2016 (SP/SENT/840855); 12 de septiembre de 2016 (SP/SENT/869555); 26 de enero de 2017 (SP/SENT/887720); 28 de febrero de 2017 (SP/SENT/891210).

IV. CONCLUSIÓN

No existe un concepto unitario del principio de interés superior del menor, tanto en sus normas de creación (Convenios y Tratados Internacionales), como

en su regulación constitucional y posterior desarrollo a través de la legislación estatal y autonómica. Todo ello nos lleva a considerar el interés superior del menor como un concepto holístico, es decir, aquella interpretación del todo sobre la suma de las partes que lo componen, más que por su aplicación generalizada: nacionalidad, crisis matrimoniales, alimentos entre parientes, patria potestad, filiación, guarda y acogimiento, adopción, tutela y guarda de hecho, sin perjuicio de otros supuestos en que el repetido interés del menor se entiende de modo implícito, como es el caso del derecho de visita.

Todo ello ha llevado a una variedad de criterios jurisprudenciales encuadrando el interés del menor como concepto jurídico indeterminado, cláusula general, o derechos fundamentales subjetivos.

INDICE DE SENTENCIAS

- STS de 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1986, 496)
- STS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.736.414)
- STS de 18 de marzo de 1987 (TOL 1.739.354)
- STS de 17 de septiembre de 1996 (TOL 1.659.109)
- STS de 23 de mayo de 2005 (3272/2005)
- STS de 31 de julio de 2009 (STS 2009, 5817)
- STS de 28 de septiembre de 2009 (TOL 1.723.158)
- STS de 8 de octubre de 2009 (*RJ* 2009, 4606)
- STS de 8 de octubre de 2009 (TOL 1.635.092)
- STS de 11 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2340)
- STS de 11 de marzo de 2010 (TOL 1.798.264)
- STS de 10 de mayo de 2010 (*JUR* 2010, 95598)
- STS de 1 de octubre de 2010 (STS 2010, 4861)
- STS de 21 de febrero de 2011 (TOL 2.052.804)
- STS de 18 de abril de 2011 (STS 2011, 8348)
- STS de 25 de abril de 2011 (TOL 2.125.260)
- STS de 13 de junio de 2011 (STS 2011, 4911)
- STS de 10 de febrero de 2012 (TOL 2.450.933)
- STS de 25 de mayo de 2012 (STS 2012, 3793)
- STS de 25 de octubre de 2012 (SP/SENT/693493)
- STS de 10 de diciembre de 2012 (STS 2012, 8030)
- STS de 31 de enero de 2013 (STS 2013, 373)
- STS de 31 de marzo de 2013 (TOL 3.029.982)
- STS de 29 de abril de 2013 (SP/SENT/717716)
- STS de 15 de enero de 2014 (SP/SENT/753429)
- STS de 6 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 833)
- STS de 11 de febrero de 2014 (TOL 2.048.040)
- STS de 12 de febrero de 2014 (STS 1229/2014)
- STS de 16 de octubre de 2014 (SP/SENT/784370)
- STS de 27 de octubre de 2014 (TOL 4.538.488)
- STS de 30 de octubre de 2014 (SP/SENT/790293)
- STS de 12 de diciembre de 2014 (SP/SENT/794381)
- STS de 13 de febrero de 2015 (TOL 4.712.378)
- STS de 16 de febrero de 2015 (SP/SENT/797334)
- STS de 17 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 8478)
- STS de 17 de marzo de 2015 (STS 2016, 1281)

- STS de 25 de marzo de 2015 (SP/SENT/808663)
- STS de 18 de junio de 2015 (STS 2015, 2571)
- STS de 14 de julio de 2017 (SP/SENT/819977)
- STS de 15 de julio de 2017 (SP/SENT/ 820644)
- STS de 17 de julio de 2017 (SP/SENT/820317)
- STS de 20 de julio de 2015 (STS 2015, 3216)
- STS de 15 de octubre de 2015 (STS 2015, 4159)
- STS de 26 de noviembre de 2015 (STS 2015, 4900)
- STS de 2 de diciembre de 2015 (STS 2015, 5220)
- STS de 1 de febrero de 2016 (STS 2016, 338)
- STS de 11 de febrero de 2016 (SP/SENT/840855)
- STS de 13 de mayo de 2016 (SP/SENT/854897)
- STS de 26 de mayo de 2016 (STS 2016, 2304)
- STS de 12 de septiembre de 2016 (SP/SENT/869555)
- STS de 28 de septiembre de 2016 (STS 2016, 4281)
- STS de 10 de noviembre de 2016 (TOL 5.883.317)
- STS de 21 de diciembre de 2016 (STS 2016, 5552)
- STS de 26 de enero de 2017 (SP/SENT/887720)
- STS de 28 de febrero de 2017 (SP/SENT/891210)
- STS de 7 de marzo de 2017 (STS 2017, 849)
- STS de 16 de mayo de 2017 (STS 2017, 1902)
- STS de 19 de julio de 2017 (STS 2017, 3006)
- STS de 22 de septiembre de 2017 (STS 2017, 3324)

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA PORTALES, R. E. y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2007). Los derechos fundamentales en la teoría garantista de Luigi Ferrajoli, *www.jurídicas.unam.mx*, 49-82, (Consultado el 30 de septiembre de 2017).
- ALEMÁN BRACHO, C. (2014). Política Pública y marco de protección jurídica del Menor en España, *Revista de Derecho Político UNED*, 90: 97-134.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010). Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, *Revista española de Derecho Internacional Privado*, 10: 339-377.
- AÑÓN CALVETE, K. (2015). Interés del menor, http://www.elderecho.com/tribuna/civil/Interes-menor_11_865180001.html. 1-10 (Consultado el 10 de noviembre de 2017).
- ARANDA ÁLVAREZ, E. (2003). Sinopsis artículo 39. Título I. De los derechos y deberes fundamentales, http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/imprimir/sinopsis_pr.jsp?art=39&tipo=2, 1-7 (Consultado el 14 de octubre de 2017).
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M.^a (2010). Comentario a la STS de 11 de marzo de 2010, *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, 84: 1833-1849.
- BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012). Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho positivo español, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 3: 46-59.
- BATISTA FREIJEDO, J. (2005). El fundamento de los Derechos Fundamentales, *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, www.unirioja.es/dptos/dd/redur/homa.htm, (Consultado el 15 de diciembre de 2017).

- CALVO CARAVACA A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2009). Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2: 294-319, www.uc3m.es/cdt. (Consultado el 7 de noviembre de 2017).
- CAMPS MIRABET, N. (2007). El principio de interés del menor: marco normativo internacional y aplicación en el Derecho interno, en *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, coord. por Adoración M.^a Padiá Albás y M.^a Dolors Toldrá Roca, Valencia: Tirant lo Blanch (Tol1.210.131 Doctrina).
- CARDONA LLORENS, J. (2013). La evaluación y determinación del interés superior del niño, *Revista española de Derecho internacional (REDI)*, 2: 253-258.
- (2012). La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos, *Educatio Siglo XXI*, 30 (fascículo 2.^o): 47-68.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2017). El interés del menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar, *Monografías.com*, <http://www.monografias.com/trabajo30/menores-criterio-prevalente-mediacion-familiar/menores-criterio-prevalente-mediador-familiar.shtml>, 1-9 (Consultado el 31 de octubre de 2017).
- CLAVIJO SUNTURA, H. (2017). El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares, *PortalLegal.com*, https://portallegal.expansión.com/pa_articulo.php?ref=306. (Consultado el 23 de septiembre de 2017).
- CÓMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2013). Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), Convención sobre los Derechos del Niño de la Naciones Unidas, www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. (Consultado el 25 de noviembre de 2017).
- DE MEO, R. (2010-2011). El interés del menor en la tutela jurídica de la infancia y de la adolescencia, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 343-362 (TOL3.920.824 Doctrina).
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2010). Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), *Diario La Ley* núm. 7501, 1-6.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2011). *Ensayos Jurídicos (1953-2011)*, tomo 1.^o, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- DOLZ LAGO, M. J. (2017). Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a la luz de la presunción de inocencia, *Diario La Ley* núm. 8961, 1-28.
- FANLO CORTÉS, I. (2011). «Viejos» y «nuevos» derechos del niño. Un enfoque teórico, *Revista de Derecho Privado*, 20: 105-126.
- FARNÓS AMORÓS, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, 1-24, www.indret.com (Consultado el 6 de noviembre de 2017).
- FERRAJOLI, L. (2001). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, edición a cargo de ANTONIO DE CABO y GERARDO PISARELLO, Madrid: Editorial Trotta.
- GARCÍA CANTERO, G. (1982). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo García, tomo 2.^o, Madrid: Editorial Edersa.
- (2004). *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, 1.^a edición, Madrid: Cuadernos Civitas.

- (2014). Anotaciones a la tutela de menores, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. por Luis Díez-Picazo, tomo 1.º, 1.ª edición, Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2013). Los Derechos de la personalidad, *Tratado de la Derecho de la persona física*, dirigido por M.ª DEL CARMEN GETE-ALONSO CALERA y coord. por JUDITH SOLÉ RESINA, tomo 2.º, 1.ª edición, Pamplona: Civitas-Thomson Reuters.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección jurídica del Menor, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, coord. por Isaac Ravetllat Ballesté y Vicente Cabedo Mallo, 1.ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JIMÉNEZ LINARES, M.ª J. (2000). El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimoniales, *Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada*, coord. por Ramón Herrera Campos, tomo 2.º, 869-897, Almería: Servicios de Publicaciones.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012). La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria, *Diario La Ley* núm. 7777, 1-12.
- LINACERO DE LA FUENTE, M.ª (1999). La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, *Actualidad Civil*, 4: 1573-1626.
- LIÑÁN GARCÍA, A. (2013). El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro, *Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 32: 1-62. http://www.iustel.com/v2/revista/detalle_revista.asp?d_noticia=413459&=1. (Consultado el 25 de noviembre de 2017).
- LOZANO VICENTE, A. (2016). El niño como persona y su relación con los Derechos del Niño, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 11: 1-17.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2015). La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3: 198-206.
- MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, M.ª L. (2014). *La frustración del Derecho de visita*, Madrid: Editorial Reus.
- MCCORMICK, N. (1988). Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 5: 293-306.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª (1997). Cláusulas generales y desarrollo judicial del Derecho, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1: 297-326.
- MORENO CRUZ, R. (2006). El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 824-852.
- MUÑOZ DE BAENA, J. L. (2002-2003). Recensión a la obra de L. Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Teoría y Realidad Constitucional*, 749-755.
- NÚÑEZ RIVERO C. y ALONSO CARVAJAL, A. (2011). La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional, *Revista de Derecho UNED*, 9: 261-294.
- QUINONES ESCÁMEZ, A. (2009). Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada, 1-42, www.indret.com. (Consultada el 6 de noviembre de 2017).

- REVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012). El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, *Educatio Siglo XXI*, 30 (fascículo 2.º): 89-108.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007). *El interés del menor*, 2.ª edición, Madrid: Editorial Dykinson.
- ROCA TRIAS, E. (1994). El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado. Discurso de ingreso de la Académica de número Dra. Alegría Borrás, *Revista Jurídica de Cataluña*, 93 (fascículo 4.º): 915-992.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1999). Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión, *Actualidad Civil*, 1: 1-17.
- (2015). El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 3: 178-197.
- SEIJAS QUINTANA, J. A. (1997). Consecuencias de la separación y el divorcio: El interés del menor. Alimentos. Guarda y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas, *Actualidad Civil*, 29: 637-662.
- TORRES PEREA, J. M. DE (2009). *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, 1.ª edición, Madrid: Editorial Iustel.
- (2016). Estudios de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial, *Diario La Ley núm. 8737*, 1-22.
- URREA SALAZAR, M. J. (2014). El «interés del menor» en la jurisprudencia. Aspectos personales, <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/civil/civil/el-interes-del-menor-en-la-jurisprudencia-aspectos-personales>. 1-3. (Consultado el 24 de noviembre de 2017).
- VARELA CASTRO, I. (2016). El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor, *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2189: 1-60, www.mjusticia.es/bmj, (Consultado el 4 de diciembre de 2017).
- VELA SÁNCHEZ, A. J. (2012). De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España. A propósito de la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 23 de noviembre de 2011, *Diario La Ley núm. 7815*, 1.9.

NOTAS

¹ (2001): *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, edición Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 45-46.

² BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990, rubricado por España el 26 de enero de 1990; y ratificado el 6 de diciembre de 1990. La Convención tiene a su vez antecedentes en la Declaración de Ginebra de 1924, sobre los Derechos del Niño, siendo este el primer texto histórico que reconoce la existencia de derechos específicos para las niñas y niños; la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, texto que, de igual modo, reconoce los derechos del niño, recogido a su vez en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10); asimismo, se incorpora el Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre ejercicios de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (BOE núm. 45, de 21 de febrero de 2015).

³ RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2007): *El interés del menor*, Madrid, 49, señala que tiene particular importancia el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues se

ha establecido en todo los ordenamientos la idea de protección al menor; TORRES PEREA, J. M. de (2009): *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 21-22, citando el artículo 3.1 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, señala que estamos ante «un principio general del derecho con relevancia constitucional. Que vincula a los poderes públicos (art. 53.3 CE) como instrumento de protección, interpretación y de aplicación supletoria»; CARDONA LLORENS, J. (2012): La Convención sobre los Derechos del Niño: significado, alcance y nuevos retos, *Educación Siglo XXI*, 49, «la Convención significa que «el niño de ser considerado como un objeto de protección, para convertirse en un sujeto titular de derechos»; CAMPS MIRABET, N. (2007): El principio del interés superior del menor: marco normativo internacional y aplicación en el Derecho interno, *Estudios jurídicos sobre la protección de la infancia y de la adolescencia*, coord. por Adoración M.ª Padial Albás y M.ª Dolors Toldrà Roca, Valencia, 7, el interés superior del menor queda configurado como un principio angular de la Convención que informa la aplicación de cada una de las normas que lo conforman, basado en la prioridad como valor jurídico a los efectos de interpretar y aplicar la Convención; DE MEO, R. (2011): El interés del menor en la tutela jurídica de la infancia y de la adolescencia, *RFDUG*, 359, el interés del menor «se define en cada caso como exclusivo, superior, predominante y objeto de primaria consideración».

⁴ Observación general núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), en www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14 (consultado el 25/11/17).

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño, *op. cit.*, 4.

⁶ BOE núm. 175, de 23 de julio.

⁷ CASTILLO MARTÍNEZ, C. (2017): El interés del Menor como Criterio Prevalente en la Mediación Familiar, *Monografías. com*, 4-5, entiende el interés superior del menor como un concepto jurídico relativamente indeterminado; ya que, el interés está conectado con los derechos subjetivos atribuidos a su titular y que el ordenamiento jurídico protege desde un doble ámbito: normativo y doctrinal; el primero con base en los artículos 3 y 11 de la LO 1/96, el interés del menor se integra en una serie de derechos que la CE y los Tratados Internacionales recogen; el segundo, como consecuencia de lo anterior la indeterminación del interés del menor no es absoluta, pues exige ser ponderada y subsanada a través de las circunstancias específicas a resolver en cada caso concreto. *Vid.* STS de 15 de octubre de 2015 (STS 4159/2015).

⁸ ARANDA ÁLVAREZ, E. (2003): Sinopsis artículo 39. Título 1. De los derechos y deberes fundamentales, www.congreso.es, 3-4; NÚÑEZ RIVERO, C. y ALONSO CARVAJAL, A. (2011): La protección del menor desde un enfoque del Derecho Constitucional, *Revista Derecho-UNED*, 274; ALEMÁN BRACHO, C. (2014): Políticas Públicas y marco de protección jurídica del menor en España, *Revista de Derecho Política UNED*, 109.

⁹ BOE núm. 158, de 17 de noviembre.

¹⁰ BOE núm. 15, de 17 de enero.

¹¹ *Op. cit.*, 2; GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2016): El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, 88-90, señala que ley coordina los principios generales y rectores del interés del menor.

¹² BOE núm. 175, de 23 de julio.

¹³ BARTOLOMÉ CENZANO, J. C. (2012): Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el Derecho Positivo español. 50.

¹⁴ «La protección del menor en el Derecho Civil español. Comentario a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, 1576-1577.

¹⁵ *Vid.* las SSTs de 31 de enero de 2013 (TOL 3.020.982); 6 de febrero de 2014 (2014/833).

¹⁶ BOE núm. 180, de 29 de julio.

¹⁷ *Vid.* El Preámbulo I, de la Ley 26/2015, de 28 de julio.

¹⁸ La teoría de los derechos de la infancia y de la adolescencia es de origen anglosajón, en donde se debate entre dos posturas doctrinales y contrapuestas: a) Teoría de la voluntad, iniciada por HERBERT HART (1982): *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 91-92, citado por FANLO CORTÉS, I. (2011):

Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico, 108; para quien «la afirmación según la cual un sujeto tiene un derecho (moral o jurídico) es cierto si este se encuentra en la condición (moral o jurídica) de poder determinar, mediante un acto de elección individual, el comportamiento de otros sujetos, interfiriendo de esta forma en su libertad: b) Teoría del interés, cuyo máximo exponente fue MACCORMICK, N. (1988): Los derechos de los niños: una prueba de fuego para las teorías de los derechos, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 294; LOZANO VICENTE, A. (2016): El niño como persona y su relación con los Derechos del Niño, *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, 4 y ss. basándose en que «los derechos son instrumentos para proteger y promover el bienestar individual mediante la imposición de deberes sobre otros sujetos»; por tanto, se basa en un derecho objetivo para satisfacer el interés y la necesidad de su titular. No nos cabe duda de que el legislador patrio ha optado por la teoría del interés, pero no define el «interés superior del menor».

¹⁹ TORRES PEREA, *op. cit.*, 21-22, señala que todo intento definitorio del interés del menor es innecesario, impreciso e incompleto.

²⁰ RAVETLLAT BALLESTÉ, I. (2012): El interés superior del niño: concepto y delimitación del término, 91, señala que el principio del interés superior del menor pone su acento como sujeto digno de atención, promoción, provisión y protección.

²¹ RAVETLLAT BALLESTÉ, *op. cit.*, 92; RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 62 y 68, destaca que estamos ante un concepto difícil. No obstante, añade, el interés es un estándar jurídico que responde a valores y criterios sociales como respuesta del Derecho a conflictos personales y sociales catalogados como Derecho de persona y familia.

²² *Op. cit.*, 92-93 y 105.

²³ (2017): Abusos sexuales a menores e interés superior del menor: tendencias jurisprudenciales a luz de la presunción de inocencia, 2-5 y 24. *Vid.* CARDONA LLORENS, J. (2013): La evolución y determinación del interés superior del niño, 253-258.

²⁴ (2017): El interés del menor como concepto jurídico indeterminado y las técnicas de su determinación en situaciones de crisis familiares, 2 y ss.

²⁵ Comentario a la STS de 11 de marzo de 2010, 1842; *vid.* AÑÓN CALVETE, (2015): Interés del menor, 1-2.

²⁶ (2014): El «interés del menor» en la jurisprudencia. Aspectos personales, 1-3.

²⁷ (1997): «Consecuencias de la separación y el divorcio: El interés del menor: Alimentos. Guardia y custodia. Régimen de visitas. Aspectos internacionales. La vía convencional como medio de solución de conflictos. Especial referencia a los convenios de La Haya, Luxemburgo y Bruselas», 642; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C. (1999): Un caso de secuestro internacional de menores por parte del titular de la guarda y custodia: el interés del menor como criterio de decisión, 3; señala que «el interés del menor no deja de ser un concepto indeterminado que se forma en la conciencia del juez a partir de la valoración de una serie de circunstancias que adquiere a lo largo del proceso»; JIMÉNEZ LINARES, M.^a J. (2000): El interés del menor como criterio de atribución de la guarda y custodia en las situaciones de crisis matrimonial, Homenaje al Profesor Bernardo Moreno Quesada, coord. por Ramón Herrera Campos, 876-878, señala el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, pero determinable en todos los ámbitos que le afectan; MARTÍNEZ CALVO, J. (2015): La determinación del interés superior del menor tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 200-205, estima que el interés del menor es un concepto jurídico indeterminado, lo que obliga al juez a valorar las circunstancias en cada caso concreto».

²⁸ (2011): *Ensayos Jurídicos (1953-2011)*, tomo 1.º, Pamplona, 1546-1547, *vid.* (2014): GARCÍA CANTERO, G. Anotaciones a la tutela de menores, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, coord. por Luis Díez-Picazo, 1.ª edición, Pamplona, 1456.

²⁹ (2016): El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, *op. cit.*, 92.

³⁰ *Op. cit.*, 24; del mismo autor, (2016): Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencia, 3, la define como «aquellos en los que el legislador decide incluir en el derecho positivo, en forma de norma escrita, un principio general del derecho».

³¹ (1997): «Cláusulas generales y desarrollo judicial», 305.

³² *Op. cit.*, 316-317.

³³ BASTIDA FREIJEDO, F. J. (2005): «El fundamento de los Derechos Fundamentales», 41.

³⁴ VARELA CASTRO, I. (2016): «El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor», 22.

³⁵ (2015): «El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia», 196.

³⁶ *Op. cit.*, 22.

³⁷ (1991): *Derecho Civil de España*, Madrid, 573.

³⁸ VARELA CASTRO, *op. cit.*, 22.

³⁹ (2013): Los Derechos de la personalidad, *Tratado de Derecho de la persona física*, dirigidos por M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, tomo 2.^o, 601.

⁴⁰ (2001): *Los Fundamentos de los Derechos Fundamentales*, edición Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, 45-46; *Vid.* MORENO CRUZ, R. (2007): «El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales, 831; AGUILERA PORTALES, R. E. y LÓPEZ SÁNCHEZ, R. (2007): «Los Derechos Fundamentales en la Teoría Jurídica Garantista de Luigi Ferrajoli», 56; MUÑOZ DE BAENA, J.L. (2003-2004): «Recensión a la obra de Luigi Ferrajoli. *Los fundamentos de los derechos fundamentales, Teoría y Realidad Constitucional*, 10-11: 749-755.

⁴¹ VARELA CASTRO, *op. cit.*, 22-26; GARCÍA RUBIO, *op. cit.*, 597-598, señala que no existe un concepto de derechos de la personalidad, pero se propone como «aquel que garantiza a un sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de personalidad».

⁴² *Op. cit.*, 28.

⁴³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, *op. cit.*, 92 y 119; LIÑÁN GARCÍA, A. (2013): El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro, 11 y 25. *Vid.* STS de 22 de julio de 2011 (STS 4924/2011).

⁴⁴ *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2010): Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero, 354-356; QUINONES ESCÁMEZ, A. (2009): «Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada», 12-17 y sigs.; FARNÓS AMORÓS, E. (2010): Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California, 15 y ss.; CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (1989): Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009, 310-311.

⁴⁵ DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (2010): Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primer Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010), 1-6.

⁴⁶ VELA SÁNCHEZ, A. (2012): De nuevo sobre la regulación del convenio de gestación por sustitución o de maternidad subrogada en España, 7.

⁴⁷ BOE número 243, de 7 de julio. *Vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *op. cit.*, 356-357; LASARTE ÁLVAREZ, C. (2012): La reproducción asistida y la prohibición legal de maternidad subrogada admitida de hecho por la vía reglamentaria, 9.

⁴⁸ Los presupuestos facticos son los siguientes: El actor interpuso demanda en solicitud de divorcio, acordando el Juzgado de Primera Instancia por sentencia de 9 de junio de 2014, la disolución del matrimonio. Resolución que fue apelada ante la Audiencia Provincial que dictó sentencia el 11 de diciembre de 2015, estimando en parte la sentencia de instancia. Contra la anterior resolución se interpuso recurso de casación por interés casacional por el actor-apelante invocando, entre otros, infracción del artículo 92 de Código Civil, e inaplicable la jurisprudencia que consagra el interés del menor como un principio básico para la adopción de la custodia compartida.

⁴⁹ TORRES PEREA, Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencia, 2.

⁵⁰ *Op. cit.*, 101-102, precisando aún más dice la cláusula general consiste en «concreción de hechos, situaciones o valoraciones que el legislador considera que redundan en el interés del menor».

⁵¹ (1994): El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho Internacional Privado. Discurso de ingreso de la Académica de número Dra. Alegría Borrás, 975; RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 102-103; TORRES PEREA, *op. cit.*, 3.

⁵² RIVERO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, 94-96, señala en relación con el interés del menor, norma de orden público, estamos ante un estatuto jurídico, con protección constitucional que ante el conflicto de intereses se hace patente la supremacía del interés del menor.

⁵³ (2014): *La frustración del Derecho de visita*, 39-40; LIÑÁN GARCÍA, El ejercicio de la guarda y custodia compartida de los hijos menores o incapacitados en España: nuevas perspectivas de futuro», *op. cit.*, 13.

⁵⁴ (2004): *Las relaciones familiares entre nietos y abuelos según la Ley de 21 de noviembre de 2003*, 39.

⁵⁵ *Vid.* CILLERO BRUÑOL, M. (2007): El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, 131 y sigs.

⁵⁶ (2015): El nuevo sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, 179.

⁵⁷ (2016): El interés del menor como derecho subjetivo. Especial referencia a la capacidad para contratar del menor, 28.

⁵⁸ (2013): Los Derechos de la personalidad, *Tratado de Derecho de la persona física*, dirigidos por M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera y coord. por Judith Solé Resina, 602, señala que cuando se habla de los derechos de la personalidad se hace referencia a los derechos fundamentales.

⁵⁹ *Vid.* Nota a pie de página 40.

⁶⁰ *Vid.* STS de 11 de febrero de 2011 (TOL 2.048.040).

⁶¹ *Vid.* BALLESTEROS DE LOS RÍOS, *op. cit.*, 1833 y sigs.

1.3. Derechos reales

La hipoteca multidivisa y el deber de información

Multicurrency mortgage and the duty of information

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Prof. Dra. de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: La hipoteca con cláusula multidivisa, o multidivisa, ha vuelto a ser objeto de dos sentencias, una del Tribunal Supremo que recoge la doctrina de la segunda, del Tribunal de Justicia Europeo, en relación a los mecanismos de transparencia y deberes de información que deben aplicarse sobre ella, al ser un préstamo de difícil comprensión, para el deudor consumidor común, que puede no alcanzar a comprender debidamente los riesgos que las mismas suponen.

Analizamos en este trabajo las peculiaridades y riesgos de dicha hipoteca y la interpretación jurisprudencial acerca de la naturaleza de esta cláusula con el fin de determinar el alcance en la misma del control de transparencia y los deberes de información sobre ella; abordando igualmente cuál es a nuestro juicio el contenido y naturaleza de este deber de información.

ABSTRACT: *The multicurrency mortgage, has returned to be object of two judgments, one of the Tribunal Supremo that gathers the doctrine of the second one, of the European Court of Justice, in relation to the mechanisms of transparency and duties of information that must be applied on her, because this mortgage loan is difficult to understand for a common consumer —debtor—, who cannot manage to understand due the risks that the same ones suppose. We analyze in this paper the peculiarities and risks of the above mentioned mortgage and the jurisprudential interpretation brings over of the nature of this clause in order to determine the scope in the same ones of the control of transparency and the duties of information on her; approaching equally which is to our judgment the content and nature of this duty of information.*

PALABRAS CLAVE: Hipoteca multidivisa. Deber de información pre contractual. Préstamo hipotecario. Cláusulas abusivas.

KEY WORDS: *Multicurrency mortgage. Pre contract duty of information. Mortgage loan. Unfair terms.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LA HIPOTECA MULTIDIVISA: 1. CONCEPTO Y RIESGOS. 2. NATURALEZA JURÍDICA.—III. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y

TRANSPARENCIA: 1. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN. 2. NATURALEZA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Las recientes sentencias del 15 de noviembre de 2017 del Tribunal Supremo y de 20 de septiembre de 2017 del Tribunal de Justicia Europeo han vuelto a poner sobre la mesa el problema de las denominadas hipotecas multidivisa y su nulidad por falta de transparencia, discutiéndose la naturaleza jurídica de dicha cláusula multidivisa: si es parte de un elemento esencial, o no, del contrato, sobre el que podría exigirse, en consecuencia, el control de transparencia o el de abusividad.

Ambas sentencias coinciden, como luego veremos, en entender que la cláusula multidivisa sí es parte del objeto principal del contrato de préstamo hipotecario, afirmando «dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible» (STJUE de 20 de septiembre de 2017). No cabría entonces un control de abusividad, pero sí estaría sometida a un control de transparencia, que se hace extensivo.

Estas sentencias hacen que nos paremos a reflexionar sobre qué son las hipotecas multidivisa, y qué control de transparencia debe ejercitarse sobre las mismas y correlativamente, si las entidades prestamistas han cumplido con su debido deber de información o no al prestatario, pues si no ha sido así, podrán declararse nulas por falta de transparencia.

Relacionaremos por tanto estos dos conceptos: deberes de información y control de transparencia e hipoteca con cláusula multidivisa.

No hay que olvidar en este examen que las hipotecas multidivisa han sido frecuentemente contratadas por los deudores españoles, sobre todo en yenes japoneses, cuando parecían que las mismas suponían un importante ahorro en el pago de intereses remuneratorios, al resultar depreciada la divisa extranjera con respecto al euro nacional del prestatario, de forma que el tipo de cambio aplicable al pago de las cuotas e intereses, favorecía al nacional.

No es un tema nuevo, pero sí, interesante por su utilización práctica, que conviene revisar a la luz de las dos últimas sentencias citadas.

II. HIPOTECA MULTIDIVISA

1. CONCEPTO Y RIESGOS

La hipoteca multidivisa, o mejor dicho en divisa extranjera, es aquella que garantiza un préstamo, mutuo, cuyo principal queda determinado en moneda extranjera, distinta de la propia del deudor hipotecario, y el deudor debe devolver ese préstamo en cuotas en su divisa nacional o local. En este sentido, la STS de 30 de junio de 2015 afirma que la hipoteca multidivisa es «un préstamo con garantía hipotecaria, a interés variable, en el que la moneda en la que se referencia la entrega del capital y las cuotas periódicas de amortización es una divisa, entre varias posibles, a elección del prestatario, y en el que el índice de referencia sobre el que se aplica el diferencial para determinar el tipo de interés aplicable en cada periodo suele ser distinto del Euribor; en concreto suele ser el Libor»¹.

De este modo, y si el préstamo está sometido a un tipo de interés variable, que ya de por sí mismo implica variar y desconocer la cuantía de la cantidad que debe pagar por este concepto a lo largo de los años, se añade otra incertidumbre en la devolución también del principal, pues este está sometido igualmente a las variaciones propias del tipo de cambio. El deudor desconocerá *ab initio* la cantidad exacta que deberá reembolsar en concepto de cuota de principal al banco, pues esta dependerá de las oscilaciones propias del tipo de cambio de la divisa extranjera con respecto a la nacional, quedando sometida por tanto a los vaivenes de las economías respectivas².

Los problemas surgen sobre todo cuando se produce una depreciación del euro con respecto a la divisa extranjera, haciendo que el deudor deba devolver a la postre más dinero, debido a la diferencia del tipo de cambio.

Este es el caso que precisamente ha abordado la STS de 15 de noviembre de 2017, donde se han puesto de manifiesto los riesgos y posibles perjuicios que este tipo de hipoteca ofrece al deudor hipotecario que muchas veces ignora estos cuando la contrata.

En efecto, y siguiendo a NAVAS MARQUÉS³, podemos decir que la hipoteca multidivisa tiene como principal riesgo, amén de los propios de un préstamo hipotecario (riesgo de mercado y tipo de interés), el riesgo añadido del tipo de cambio. El tipo de cambio entre la divisa nacional y la extranjera varía, y su apreciación o depreciación puede traer consecuencias beneficiosas o perjudiciales para el acreedor o el deudor. De este modo, como explica NAVAS, en un «escenario de apreciación de la divisa extranjera respecto de la local, no solo la cuota mensual puede experimentar importantes variaciones al alza, sino que puede comportar un aumento de la deuda hipotecaria, pudiendo llegar a ser esta superior a la inicial y ello, incluso tras varios años de amortización del crédito».

Igualmente, la sentencia citada de 30 de junio de 2015 recoge los riesgos que encubre una hipoteca con cláusula multidivisa y explica este último efecto de la siguiente forma: «Los riesgos de este instrumento financiero exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda. Pero, además, este riesgo de fluctuación de la moneda no incide exclusivamente en que el importe en euros de la cuota de amortización periódica, comprensiva de capital e intereses, pueda variar al alza si la divisa elegida se aprecia frente al euro. El empleo de una divisa como el yen o el franco suizo no es solo una referencia para fijar el importe en euros de cada cuota de amortización, de modo que si esa divisa se deprecia, el importe en euros será menor, y si se aprecia, será mayor. El tipo de cambio de la divisa elegida se aplica, además de para el importe en euros de las cuotas periódicas, para fijar el importe en euros del capital pendiente de amortización, de modo que la fluctuación de la divisa supone un recálculo constante del capital prestado. Ello determina que pese a haber ido abonando las cuotas de amortización periódica, comprensivas de amortización del capital prestado y de pago de los intereses devengados desde la anterior amortización, puede ocurrir que pasados varios años, si la divisa se ha apreciado frente al euro, el prestatario no solo tenga que pagar cuotas de mayor importe en euros sino que además adeude al prestamista un capital en euros mayor que el que le fue entregado al concertar el préstamo».

Podemos decir, entonces, que si un deudor, cuando va a contratar este tipo de hipoteca, conociera perfectamente el alto riesgo que asume con la misma, en muchas ocasiones, para un deudor medio de corte tradicional, que no busca el

beneficio ni la especulación, sino, precisamente, el ahorrarse algún dinero en los intereses remuneratorios, no contrataría la misma de haber sido debidamente informado. ¿Y lo ha sido? Esta es la cuestión que nos planteamos, así como qué debe entenderse por ese deber de información de las entidades financieras y crediticias y cómo debe ejercerse, pues si este se ha incumplido, probablemente, no se haya cumplido tampoco con el deber de transparencia que se exige en este tipo de préstamos.

Las entidades financieras comercializaron este tipo de hipotecas sobre todo en los últimos años anteriores a la gran crisis, en el periodo comprendido entre 2006-2008, en un momento álgido para nuestra economía con un euro fuerte, y la correspondiente depreciación de la moneda extranjera con respecto al mismo, y un EURIBOR alto, lo que *a priori*, suponía una ventaja para el deudor hipotecario al contratar el préstamo en divisa extranjera con menor tipo de interés, como por ejemplo el LIBOR, entonces mas bajo⁴.

Como afirmaba y casi vaticinaba HERNÁNDEZ BLANCO, este préstamo multidivisas era bueno para el deudor siempre y cuando el tipo de interés de referencia fuera menor que aquel que se aplica a la moneda nacional, y cuando se produjera una apreciación del euro con respecto a las divisas extranjeras en las que se referencía el préstamo, pero, y como decía esta autora, «sin embargo, una determinada situación inicial no es garante de su perpetuidad futura, lo que supone que la variación de nuestra moneda al alza no está garantizada ni tampoco el nivel de tipos de interés establecido en el momento de la firma. De este modo, la situación puede ser la inversa, si se producen variaciones en los dos o en uno de los dos factores anteriormente considerados, produciéndose de ese modo un mayor gasto», y concluye afirmando que antes de decidirse por este tipo de hipoteca, hay que conocer bien los requisitos del mismo y los riesgos que conlleva⁵.

Parece fundamental, entonces, a la hora de contratar este tipo de hipoteca, la información. El conocer los riesgos y ventajas que esta figura ofrece. Y esa información debe prestarla el banco o prestamista. ¿Cómo debe ofrecer la entidad financiera esta información? ¿Hasta donde alcanza su deber de información?

2. NATURALEZA JURÍDICA

Para dar respuesta a esa pregunta de hasta dónde alcanza el deber de información, es preciso determinar primero cuál es la naturaleza jurídica de este tipo de hipoteca con esa cláusula especial, pues según se considere que es un producto financiero o no, se le exigirá un mayor deber de información, ya que si lo es, —lo indicaría un mayor grado de complejidad— el deber de información debe ser mas prolijo y exhaustivo y está perfectamente regulado aplicándosele toda la normativa MIFID.

De igual forma, en este apartado, conviene determinar si la cláusula multidivisas es una cláusula accesoria o si por el contrario forma parte del contenido esencial del contrato, en cuyo caso no podría estar sometida al control de incorporación ni abusividad, propio de las condiciones generales de la contratación, diluyéndose de este modo el control del cumplimiento del deber de información.

a) Con respecto al primer aspecto, hay que decir que el Tribunal Supremo, en la reciente sentencia que se quiere comentar, ha determinado, adoptando el criterio del Tribunal de Justicia Europeo y cambiando la doctrina que hasta entonces mantenía nuestro Alto Tribunal, que la hipoteca con cláusula multidivisa no es un producto financiero, y que en consecuencia no está sometido a la

regulación MIFID que es sumamente exigente con los deberes de información de las entidades financieras al cliente.

En efecto, la STS de 15 de noviembre de 2017 ha afirmado, asumiendo la doctrina del TJUE en sentencia de 3 de diciembre de 2015, en el caso *Banif Plus Bank*, que las operaciones de cambio de divisa, accesorias a un préstamo que no tiene por finalidad la inversión, «no constituyen un instrumento financiero distinto de la operación que constituye el objeto d este contrato (el propio préstamo), sino únicamente una modalidad indisociable de ejecución de este». No se trata por tanto de un instrumento financiero regulado por la Ley del Mercado de Valores, ni son entonces aplicables los detallados deberes de información pre contractual que estos exigen.

Esta sentencia del TS cambia la doctrina existente hasta entonces, que se materializaba en la STS de 30 de junio de 2015, que por el contrario entendió que el préstamo hipotecario en divisas sí era un instrumento financiero derivado complejo, relacionado con las divisas, y por tanto incluido en el ámbito de la Ley de Mercado de Valores, que recoge la trasposición de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros (MIFID). Esta sentencia se dictó a la luz de la STJUE de 30 de mayo de 2013, caso *Genil 48 SL*, que entendió igualmente que la hipoteca multidivisa era un producto financiero complejo al que debía aplicarse la normativa MIFID.

Sin embargo, tras los últimos pronunciamientos de 2015 del Tribunal Europeo, y de 2017 del Tribunal Supremo, parece que ya no queda duda de que estas hipotecas con cláusula multidivisas no son instrumentos financieros y ello porque, como recoge la STS de 15 de noviembre de 2017, «que en la medida en que constituyen actividades de cambio que son puramente accesorias a la concesión y al reembolso de un préstamo al consumo denominado en divisas, las operaciones controvertidas en el litigio principal no se encuentran comprendidas en dicha sección A de la Directiva MiFID (apartado 55). Estas operaciones se limitan a la conversión, sobre la base del tipo de cambio de compra o de venta de la divisa considerada, de los importes del préstamo y de las mensualidades expresadas en esta divisa (moneda de cuenta) a la moneda nacional (moneda de pago) (apartado 56). Tales operaciones no tienen otra función que la de servir de modalidades de ejecución de las obligaciones esenciales de pago del contrato de préstamo, a saber, la puesta a disposición del capital por el prestamista y el reembolso del capital más los intereses por el prestatario. La finalidad de estas operaciones no es llevar a cabo una inversión, ya que el consumidor únicamente pretende obtener fondos para la compra de un bien de consumo o para la prestación de un servicio y no, por ejemplo, gestionar un riesgo de cambio o especular con el tipo de cambio de una divisa (apartado 57)». Y además, continua diciendo el tribunal que «en un contrato de préstamo denominado en divisas no puede distinguirse entre el contrato de préstamo propiamente dicho y una operación de futuros de venta de divisas, por cuanto el objeto exclusivo de esta es la ejecución de las obligaciones esenciales de este contrato, a saber, las de pago del capital y de los vencimientos, entendiéndose que una operación de este tipo no constituye en sí misma un instrumento financiero (apartado 71)».

No se trata de un producto financiero, es cierto, pero ello no impide o excluye que deba evitar la información clara y comprensible sobre su alcance, y que escape a las normas de transparencia bancaria y de protección a consumidores, tal y como el propio Tribunal Supremo afirma en la sentencia citada.

b) Por ello, y en relación al segundo de los aspectos apuntados, debemos plantearnos ahora si se trata una cláusula accesorio, una condición general, o por el contrario define el objeto principal del contrato de préstamo, para averiguar si queda o no sometida al control de abusividad e incorporación, y a las normas de transparencia y protección a consumidores.

El propio Tribunal Supremo, en esta última sentencia analizada de noviembre de 2017, afirma que no se trata de una condición negociada de forma individual, y por tanto, queda sujeta al ámbito de aplicación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, y entiende que es una cláusula que define el objeto principal del contrato, y que por ello, —y aun a pesar de ello— existe un especial deber de transparencia respecto de la que las entidades financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que puedan comprender no solo su contenido formal y gramatical, sino también su alcance concreto, para poder tomar con base en él, decisiones futuras fundadas y prudentes. Hace, por tanto, una interpretación extensiva del requisito de transparencia, en cuanto a su contenido y aplicación, como ya ha venido señalando en otras resoluciones⁶.

Esta sentencia recoge, a su vez, la doctrina de la STJUE de 20 de septiembre de 2017 (caso *Andriuc*) que también entendió que la cláusula multidivisa define el objeto principal del contrato, y en consecuencia, debe quedar perfectamente explicada y comprendida. La sentencia afirma que «objeto principal del contrato», en el sentido de esa disposición, comprende una cláusula contractual, como la del litigio principal, incluida en un contrato de préstamo denominado en divisa extranjera que no ha sido negociada individualmente y según la cual el préstamo deberá reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató, dado que esta cláusula regula una prestación esencial que caracteriza dicho contrato. Por consiguiente, esta cláusula no puede considerarse abusiva, siempre que esté redactada de forma clara y comprensible»⁷.

Es decir, esta sentencia, al igual que la del TS 2017, entiende que esa cláusula está comprendida en el objeto principal del contrato, y aunque estos préstamos con cláusula multidivisa estén excluidos de la normativa MIFID, eso no significa que no se traten de productos complejos a efectos del control de transparencia. Deben quedar suficientemente claros para el prestatario, quien debe comprender lo que significa y los riesgos que implica dicha cláusula (incluso, el hecho de que puede llegar a tener que pagar un capital mayor en euros del que se le entregó en virtud del préstamo), y por todo ello debe ser perfectamente informado por el prestamista, para que el deudor preste un consentimiento plenamente válido.

Como dice el Tribunal Europeo, «el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que la exigencia de que una cláusula contractual debe redactarse de manera clara y comprensible supone que, en el caso de los contratos de crédito, las instituciones financieras deben facilitar a los prestatarios la información suficiente para que estos puedan tomar decisiones fundadas y prudentes. A este respecto, esta exigencia implica que una cláusula con arreglo a la cual el préstamo ha de reembolsarse en la misma divisa extranjera en que se contrató debe ser comprendida por el consumidor en el plano formal y gramatical, así como en cuanto a su alcance concreto, de manera que un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, pueda no solo conocer la posibilidad de apreciación o de depreciación de la divisa extranjera en que el préstamo se contrató, sino también valorar las consecuencias económicas, potencialmente significativas, de dicha cláusula sobre sus obligaciones financieras».

El Tribunal Supremo español recoge esta doctrina, y la confirma en la STS de 15 de noviembre de 2017, repitiendo las mismas ideas del Tribunal Europeo. Es necesario, no solo redactar de forma clara y comprensible esta cláusula multidivisa, sino que el deudor esté debidamente informado y comprenda todas las consecuencias que se derivan de esta peculiar contratación⁸.

Y añade el Tribunal Supremo que en estas sentencias se ha establecido la doctrina consistente en que, «además del filtro de incorporación previsto en los artículos 5 y 7 LCGC, a las condiciones generales en contratos concertados con consumidores debe aplicarse un control de transparencia, como parámetro abstracto de validez de la cláusula predispuesta, cuando la condición general se refiere a elementos esenciales del contrato. Este control de transparencia tiene por objeto que el adherente pueda conocer con sencillez tanto la carga económica que realmente le supone el contrato celebrado, esto es, el sacrificio patrimonial realizado a cambio de la prestación económica que quiere obtener, como la carga jurídica del mismo, es decir, la definición clara de su posición jurídica tanto en los elementos típicos que configuran el contrato celebrado, como en la asignación de los riesgos del desarrollo del mismo. 15.- A las condiciones generales que versan sobre elementos esenciales del contrato se les exige un plus de información que permita al consumidor adoptar su decisión de contratar con pleno conocimiento de la carga económica y jurídica que le supondrá concertar el contrato, sin necesidad de realizar un análisis minucioso y pormenorizado del contrato. Esto excluye que pueda empeorarse la posición jurídica o agravarse la carga económica que el contrato supone para el consumidor; tal y como este la había percibido, mediante la inclusión de una condición general que supere los requisitos de incorporación, pero cuya trascendencia jurídica o económica pasó inadvertida al consumidor porque no se le facilitó información clara y adecuada sobre las consecuencias jurídicas y económicas de dicha cláusula».

Es decir, el deber de transparencia e información en este tipo de préstamos se convierte en esencial. Conviene, por tanto, pararnos a estudiar y entender qué debe entenderse hoy tras estas exigencias jurisprudenciales por un debido cumplimiento del deber de transparencia y de los deberes de información de las entidades financieras, tanto en este caso particular de hipoteca multidivisa, como en general, en todos los préstamos hipotecarios

III. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y TRANSPARENCIA

1. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DEBER DE INFORMACIÓN

El deber de transparencia, como acabamos de ver, alcanza a aquellas condiciones generales, no negociadas, incluidas en los contratos con consumidores, aunque sean parte del objeto del contrato. Y este deber de transparencia implica no solo una clara y precisa redacción formal de las mismas, si no que incluye la comprensión por parte del deudor hipotecario de su contenido y alcance. Para ello, y dar debido cumplimiento a este segundo aspecto, el prestamista debe informar a su cliente de todo ello. El deber de información de la entidad prestamista o acreedor que concede el préstamo consiste en la obligación que contrae el acreedor con su futuro deudor de exponerle, informarle y explicarle las condiciones, riesgos y costes del préstamo o producto financiero que le ofrece.

Esta previa obligación del acreedor es la contrapartida al derecho a la información que tiene todo deudor que, en un gran número de ocasiones, es un deudor

consumidor, digno de una especial protección, más débil en la contratación, y con un déficit de información connatural a su carácter de consumidor, que genera una asimetría o desequilibrio importante entre ambas partes contractuales. Todo ello conduce a una especial necesidad de información a la parte más débil o desinformada.

El fundamento de este deber previo de información⁹ se encuentra por una parte en ese desequilibrio de información entre la parte oferente y al aceptante del préstamo o producto financiero, y por otra, pero consecuencia de esta, en el hecho de que de una buena información depende que el consentimiento del deudor esté bien formado, sea completo, libre y sin vicios que pudieran llevar a la anulación del contrato, y que, en consecuencia, conozca y asuma el alcance de su compromiso.

Por eso, el deber de información adquiere una importancia inusitada, porque lejos de ser un mero trámite precontractual, se puede convertir en el elemento desencadenante de la nulidad del contrato, que conlleve incluso a una indemnización por su incumplimiento. La finalidad entonces de este deber de información no es sino que el consentimiento del deudor esté bien formado y con ausencia de vicios.

Como ya se ha puesto de manifiesto en el concreto caso de las hipotecas multidivisas, ese deber de información no puede concretarse sin más en una mera información-noticia, donde el acreedor se limita a exponer de una forma más o menos clara sus condiciones, sino que debe asemejarse a un consentimiento informado, en el sentido de que el deudor no solo debe recibir, si no comprender lo que se le está exponiendo, o la información que se le está facilitando. El acreedor debe asegurarse de la comprensión por parte del deudor. De este modo, el deber de información, lejos de ser una declaración de voluntad meramente recepticia —necesita llegar a su destinatario— es mucho más, puesto que es preciso que este lo entienda, para lo que se exige, siempre desde mi punto de vista, que el acreedor, se asegure de esa comprensión, y si no lo hace, no ha cumplido suficientemente con el deber de información. Tiene un triple contenido: informar (dar publicidad), ajustar la información a las características personales del deudor (gracias a la información que este ofrece), y asegurarse de la comprensión del deudor.

Esta consideración, la ha ido recogiendo la jurisprudencia. En este sentido, la STJUE de 18 de diciembre de 2014, en el caso de un crédito al consumo, afirmaba, al hablar de la obligación de información pre contractual que «el prestamista debe facilitar por tanto al consumidor explicaciones adecuadas y personalizadas gracias a las que este se encuentre en condiciones de determinar si el contrato de crédito ofrecido se adapta a sus necesidades y a su situación económica, en su caso dándole explicaciones sobre la información precontractual, las características esenciales de los productos ofrecidos y los efectos específicos que puedan tener en su situación, incluidas las consecuencias de un impago por el consumidor». Igualmente, el Tribunal Supremo español ha manifestado en varias ocasiones que el deber de información exige también al acreedor que adapte la información a las circunstancias de cada cliente, y que se asegure de que la información es clara y ha sido entendida. Baste por ejemplo y para un producto financiero complejo, donde es de aplicación la LMV, la STS de 18 de abril de 2013 que manifiesta que «es fundamental que al concertar el contrato las preguntas formuladas al cliente para que defina su perfil de riesgo y los valores de inversión que pueden ser adquiridos sean claras y que el profesional informe al cliente sobre la exacta significación de los términos de las condiciones

generales referidas a dichos extremos y le advierta sobre la existencia de posibles contradicciones que pongan de manifiesto que la información socilitada al cliente no ha sido debidamente comprendida». En la STS de 7 de julio de 2014, sobre la contratación de un *swap* por un cliente minorista, el Tribunal insiste en que el deber de información no se cumple con una información clara e imparcial, sino que conforme a las exigencias de la buena fe, debe incluir «de manera comprensible información adecuada sobre los instrumentos financieros y las estrategias de inversión y también orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos». De igual forma, y para el caso de la contratación de un *swap*, la conocida STS de 20 de enero de 2014 afirma que «el deber de información contenido en el artículo 79 bis LMV presupone la necesidad de que el cliente minorista a quien se ofrece la contratación de un producto financiero complejo como el *swap* de inflación conozca los riesgos asociados a tal producto, para que la prestación de su consentimiento no esté viciada de error que le permita la anulación del contrato...». La doctrina de esta sentencia es repetida por otras posteriores: 8 de septiembre de 2014, 12 de enero de 2015, 16 de septiembre de 2015, 13, 27 y 30 de octubre de 2015, 11 y 25 de febrero de 2016, todas ellas relativas a la anulabilidad de determinados contratos bancarios de productos financieros complejos o de inversión, donde el deber de información de la entidad financiera debe ser escrupulosamente observado. La STS de 15 de octubre de 2015 añade, en la configuración de este deber, que es una obligación activa del acreedor, no de mera disponibilidad.

Es decir, nos apartamos de la consideración tradicional del deber de información como una mera publicidad de condiciones y costes, configurando este deber como un deber de contenido mucho más complejo, y a la vez dilatado en el tiempo: informar de forma objetiva y clara, adecuar esa información al deudor concreto y asegurarse de la comprensión por su parte.

2. NATURALEZA

El deber de información se configura como un verdadero deber —ya no cabe duda de su configuración como deber general de informar, consecuencia del principio general de información¹⁰— y también como deberes específicos y concretos en muchos casos y así exigidos por la Ley—. Sus peculiares características no le eximen de obligatoriedad, puesto que, además de precontractual, es deber, y por tanto exigible por parte del acreedor del mismo (normalmente el deudor del préstamo), convirtiéndose en un derecho para él, especialmente protegido si se trata de un consumidor, como establecen la CE y las leyes. Esto se colige claramente del TRLDCU, de sus artículos 61, 65, y 49.2, en los que se establecen los principios de buena fe, y el principio de conformidad del contrato, los cuales vinculan al empresario y en consecuencia son exigibles por el consumidor las mismas condiciones de la oferta, publicidad, y promoción ofrecidas, aunque luego no estén expresamente recogidas en el contrato, ya que estas condiciones ofertadas o publicitadas integran el contrato mismo, y serán obligatorias, salvo que el propio contrato haya establecido condiciones más beneficiosas¹¹.

Esto es lógico, pues como afirma de LEÓN JIMÉNEZ¹², el deudor debe tener una adecuada protección, tanto en la fase precontractual, mediante mecanismos de transparencia y adecuada información, como en la contractual, a través del control de condiciones generales y cláusulas abusivas, como por último en la fase post contractual con los mecanismos de reclamación. Es decir, la concesión de

ese préstamo debe estar especialmente vigilada en esas tres fases: antes, durante y después de la contratación.

Pues bien, los deberes de información del acreedor a su cliente se sitúan tradicionalmente en la fase pre contractual, donde el deudor forma su consentimiento, adquiere conciencia y comprende el alcance de su contrato, con las consecuencias, obligaciones y efectos que el incumplimiento del mismo puede producir propios de esta naturaleza jurídica¹³.

La jurisprudencia y la doctrina unánimemente coinciden en clasificarlo igualmente como deberes precontractuales, y las sentencias más recientes ponen de relieve el momento en el que debe facilitarse la información como anterior al contrato, para que el deudor o cliente pueda valorar las condiciones y formar debidamente su consentimiento¹⁴.

En el mismo sentido, la STJUE de 18 de diciembre de 2014 califica los deberes de información como precontractuales, al afirmar en su párrafo 46 que los deberes de información del artículo 5 de la Directiva 2008 de Crédito al Consumo «tienen carácter precontractual. Por consiguiente, no pueden ser cumplidas debidamente en el momento de la conclusión del contrato de crédito, sino que deben serlo en tiempo oportuno, mediante la comunicación al consumidor, antes de la firma de ese contrato». Y, además, califica también como precontractual la obligación de evaluar la solvencia y de dar informaciones adecuadas al consumidor; «pues se imponen antes de la conclusión del contrato de crédito», pero las diferencia claramente por su naturaleza y finalidad, ya que la obligación de información o la de «proporcionar explicaciones adecuadas pretende hacer posible que el consumidor tome su decisión con pleno conocimiento sobre un contrato de crédito», mientras que con la obligación de evaluar la solvencia «se propone responsabilizar al prestamista y evitar que conceda un crédito a un consumidor insolvente». Pero, sin embargo, de las afirmaciones de esta sentencia, podemos intuir que la obligación de dar explicaciones adecuadas o ajustadas al consumidor—, que para nosotros forma parte del contenido de los deberes de información—, siendo precontractual, puede ocurrir que deba realizarse después de evaluar la solvencia del deudor, para ajustarse más a esta, demorándose en el tiempo de su cumplimiento total.

De este modo, uno de los contenidos del deber de información puede llegar a cumplirse tardíamente, después de evaluar la solvencia, y después de adaptar las condiciones generales de la oferta a un momento posterior y particularizado, lo que la convierte ya no tanto en mera información general, —tipo publicidad-noticia— sino acercándola a la concreta oferta contractual, como primera fase de la formación del contrato; ya no se trata de un deber general precontractual, sino de una oferta concreta de condiciones particulares.

El deber de información se separa o aparta claramente de una mera publicidad¹⁵, acercándose a la oferta. Es decir, a su naturaleza de deber, precontractual, hay que añadir que puede coincidir, tras el ajuste al deudor concreto, con la oferta, como fase inicial de formación del contrato.

Si analizamos qué se entiende por oferta en los PECL y en los principios UNIDROIT, por ejemplo, veremos que el concepto que emana de la misma puede coincidir con el deber de información particularizado que aquí se defiende. El artículo 2:201 PECL¹⁶ define qué es una oferta, y su concepto encaja perfectamente con los deberes de información adaptados o ajustados a las necesidades del deudor, pues según este artículo, la oferta es una propuesta cuya finalidad es convertirse en un contrato que contiene términos suficiente mente preciso para ser un contrato dirigida a una o varias personas concretas. Luego, los deberes

de información precontractual son algo más que una mera información noticia, convirtiéndose en verdadera oferta. De igual forma el artículo UNIDROIT¹⁷ define en términos muy parecidos la oferta que supone una propuesta para celebrar un contrato que sea suficientemente precisa e indique la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

Así, la tradicional naturaleza jurídica precontractual de los deberes de información, como generales, publicidad-noticia y previos al contrato, puede cuestionarse cuando dentro de los mismos se encuentra el deber de amoldar o aconsejar de forma concreta a un deudor específico en función de su perfil, necesidades y conveniencias. En este caso, puede surgir una zona de intersección, común, que puede resultar difícil de calificar jurídicamente como netamente precontractual en fase de formación del consentimiento pues, sin ser contractual, ya que falta la aceptación para que exista el contrato, es uno de los requisitos constitutivos del mismo, necesario para su perfección: la oferta.

Por otra parte, no faltan voces, y nosotros también lo compartimos, que consideran que los deberes de información son verdaderas obligaciones contractuales en los contratos de adhesión, exigidas de forma imperativa por la Ley, cuyo cumplimiento no puede obviarse, y teniendo en cuenta que describen elementos esenciales del contrato, que deben coincidir con lo que allí se informa, y que exige la comprensión —¿consentimiento?— del deudor. En este sentido, BALLUGUERA GÓMEZ¹⁸, partiendo de reciente jurisprudencia, afirma que el deber de transparencia en los contratos de adhesión es un deber del predisponente, y de naturaleza contractual que se cumple mediante la comprensibilidad real de los aspectos del contrato, y se trata de un deber legal. Por lo tanto, su incumplimiento queda fuera de los vicios del consentimiento propios de los contratos de negociación. En este sentido parece pronunciarse la STJUE de 30 de abril de 2014 (recogida después por la STJUE de septiembre de 2017 antes explicada) cuando afirma que «la exigencia de que una cláusula contractual deba redactarse de manera clara y comprensible se ha de entender como una obligación no solo de que la cláusula considerada sea clara y comprensible gramaticalmente para el consumidor...», o la STS de 8 de septiembre de 2014 que considera que la eficacia última del contrato de adhesión y de sus cláusulas se basa «no tanto en la estructura negocial del consentimiento del adherente, como en el cumplimiento por el predisponente de unos especiales deberes de configuración contractual». Considerados de este modo, los deberes de información, pueden considerarse como deberes legales, imperativos y contractuales, cuyo incumplimiento, entonces, ocasionaría la nulidad del contrato, por contravenir una disposición imperativa, al menos en aquellos préstamos en los que la ley así lo exige y se objetivarían las consecuencias de su infracción, al no tener que acudir a los vicios del consentimiento para determinarlas¹⁹.

En consecuencia, de una forma u otra, los deberes de información que suponen la debida comprensión del deudor de un préstamo hipotecario alcanzan una entidad fundamental en la viabilidad y eficacia de dicho préstamo, pues si el deudor, contratante de una hipoteca multidivisa, no llegó a entender y comprender los riesgos que la misma suponía, podrá alegar incumplimiento del deber de información, no superando el control de transparencia, y declarándose abusiva dicha cláusula con la exclusión pertinente del contrato, lo que trae como consecuencia su ineficacia.

No se trata ya tanto de una invalidez por vicio de consentimiento²⁰, —error o incluso dolo— sino de falta de transparencia, que puede suponer: nulidad parcial del préstamo y eliminación de las referencias a la denominación en divisas del

préstamo, pasando a ser un préstamo «normal» concedido en euros y amortizado en euros, por tratarse de una cláusula abusiva; o siendo un poco más osados: nulidad total del préstamo (si son deberes legales obligatorios), resolución (si fuera una obligación contractual o casi).

IV. CONCLUSIONES

I. La hipoteca multidivisa, o mejor dicho en divisa extranjera, es aquella que garantiza un préstamo, mutuo, cuyo principal queda determinado en moneda extranjera, distinta de la propia del deudor hipotecario, y el deudor debe devolver ese préstamo en cuotas en su divisa nacional o local.

II. Tiene importantes riesgos financieros que exceden a los propios de los préstamos hipotecarios a interés variable solicitados en euros. Al riesgo de variación del tipo de interés se añade el riesgo de fluctuación de la moneda, del tipo de cambio. Riesgos que no son de fácil comprensión para un consumidor medio.

III. La cláusula multidivisa, según la jurisprudencia más reciente del TS y TJUE, es parte del contenido esencial del contrato de préstamo, y aunque no convierte al préstamo hipotecario en el que se inserta en un producto financiero (al que se le aplicaría la normativa MIFID), eso no significa que no se traten de productos complejos, que no escapen del control de transparencia. Deben quedar suficientemente claros para el prestatario, quien debe comprender lo que significa dicha cláusula y los riesgos que implica, antes de la propia celebración del contrato, pues debe informarse de ellos.

IV. Los deberes de información precontractuales alcanzan en este tipo de hipoteca una entidad importante, y deben cumplirse de forma escrupulosa para que la cláusula no pueda considerarse abusiva por falta de transparencia.

V. Los deberes de información tienen un triple contenido, en el sentido de que suponen que el prestamista: informe, adapte la información al deudor concreto y se asegure de la comprensión por aquel, de todo el contenido y alcance de la cláusula multidivisa.

VI. En consecuencia la no comprensión por el deudor de los riesgos jurídicos y económicos que la cláusula multidivisa puede suponer, conduce a la falta de transparencia de la misma, y a la nulidad parcial del préstamo, excluyendo dicha cláusula, y convirtiendo el préstamo en divisa extranjera en uno «ordinario» en euros.

VII. El incumplimiento del deber de información por parte del prestamista puede conducir a la transformación del tipo de préstamo inicialmente contratado.

V. RESOLUCIONES CITADAS

JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA

- JPI de Barcelona de 17 de diciembre de 2012

TRIBUNAL SUPREMO

- 13 de mayo de 2009
- 18 de abril de 2013

- 20 de enero de 2014
- 7 de julio de 2014
- 4 de septiembre de 2014
- 8 de septiembre de 2014
- 10 de septiembre de 2014
- 12 de enero de 2015
- 30 de junio de 2015
- 15 de septiembre de 2015
- 16 de septiembre de 2015
- 15 de octubre de 2015
- 27 de octubre de 2015
- 13, 27 y 30 de octubre de 2015
- 11 y 25 de febrero de 2016
- 15 de noviembre de 2017

TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO

- 30 de abril de 2014
- 18 de diciembre de 2014
- 3 de diciembre de 2015
- 20 de septiembre de 2017
- 30 de mayo de 2013

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 43-50.
- BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2016). Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, núm. 8795, Sección Doctrina, 4 de julio 2016, 1-45.
- CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2003). El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del derecho de consumo. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 47, julio-septiembre, 24 y sigs.
- CARRASCO PERERA, A. (2015). Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 259-261.
- DE LEÓN JIMÉNEZ, M. C. (2015). Error vicio en la contratación de swap. STS, Pleno, Sala Primera, 491/2015, 15 de septiembre. *Noticias Jurídicas. On line*. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10632-error-vicio-en-la-contratacion-de-swap-sts-pleno-sala-1ordf;-491-2015-15-septiembre/>. (5 de noviembre de 2015).
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La contratación con consumidores. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de Contratos*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1655 y sigs.
- GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley.
- HERNÁNDEZ BLANCO, M. T. (2007). Una aproximación a la hipoteca multidivisa. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 631-666.
- NAVAS MARQUES, J. I. (2013). Posibles causas de nulidad de las hipotecas multidivisas. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873, 1-5.

- NAVAS NAVARRO, S. (2015) Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 130-164.
- ORTÍ VALLEJO, A. (1992). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, J. (Coords.). Madrid: Civitas, 409 y 410.
- ZURILLA CARIÑANA, M. A. (2008). El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios». En: *Comentarios a la Ley de Consumidores*, 2008, Centro de Estudios de Consumo, disponible en <http://www.uclm.es/CESCO/comentarios.asp>.

NOTAS

¹ Asimismo, la SJPI Barcelona de 17 diciembre 2012 la define como la hipoteca que garantiza un préstamo «que se concede en moneda distinta al euro... y en la que de cara a su devolución el prestatario puede escoger una moneda diferente a aquella en la que se le concedió el préstamo ... como divisa con al que devolver los pagos al banco».

² Sobre la hipoteca multidivisa y sus problemas, véase: NAVAS NAVARRO, S. (2015) Cláusula sobre divisa extranjera en préstamos hipotecarios y falta de transparencia. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 130-164, y CARRASCO PERERA, A. (2015). Fin de la historia de la cláusula suelo: a devolver a los bancos el dinero que estos entregaron. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 14, 259-261.

³ NAVAS MARQUES, J. I. (2013). Posibles causas de nulidad de las hipotecas multidivisas. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 873, 1- 5.

⁴ Véase, en este sentido, sobre las ventajas de contratar un préstamo hipotecario multidivisas, en aquellos años, el artículo de HERNÁNDEZ BLANCO, donde expone una comparativa de nivel de ahorro monetario y consecuente ventaja para el deudor al contratar el préstamo hipotecario en yenes o francos suizos; dos de las divisas en las que mas préstamos se contrataban. HERNÁNDEZ BLANCO, M. T. (2007). Una aproximación a la hipoteca multidivisas. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 631-66.

⁵ HERNÁNDEZ BLANCO, M. T. (2007). Una aproximación a la hipoteca multidivisas, *ob. cit.*, 660.

⁶ STS de 13 de mayo de 2009, 30 de junio de 2015, y STUJE de 30 de abril de 2014, entre otras.

⁷ Se produce con esta sentencia del Tribunal Europeo un cambio de doctrina, pues antes no se consideraba que la cláusula multidivisa fuera parte del objeto principal del contrato. De este modo la STJUE de 30 de abril de 2014 afirmó que «la cláusula multidivisa no forma parte del objeto principal del contrato ya que no forma parte del precio del contrato, pues no «puede calificarse como comprensiva de una retribución». Sin embargo, y como luego se dirá, ya en esta sentencia de 2014, el TJUE hace una interpretación extensiva del control de transparencia, ya que la exigencia de transparencia no puede quedarse reducida a la comprensión formal y gramatical de las cláusulas contractuales por parte del consumidor, sino que es necesario que este dispusiera antes de contratar de la información sobre las condiciones generales y sus consecuencias. Y en la hipoteca multidivisa esto se traduce en la necesidad de que conozca el mecanismo de conversión de la divisa extranjera.

⁸ STS de 15 de noviembre de 2017: «De acuerdo con estas sentencias del TJUE, no solo es necesario que las cláusulas estén redactadas de forma clara y comprensible, sino también que el adherente pueda tener un conocimiento real de las mismas, de forma que un consumidor informado pueda prever, sobre la base de criterios precisos y comprensibles, sus consecuencias económicas».

⁹ Sobre concepto, naturaleza y en general, como obra de referencia respecto de los deberes de información, véase GÓMEZ CALLE, E. (1994). *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley.

¹⁰ El Tribunal Supremo, en sentencias 20 de enero de 2014, 7 de julio de 2014, 8 de septiembre de 2014 y 27 de octubre de 2015, así lo ha establecido claramente al afirmar, en la primera de ellas, repetida por las demás, que estos deberes responden al principio general de información, consecuencia del principio de buena fe, establecido en nuestro Código Civil y en los principios de Derecho contractual europeo: «Estos deberes legales de información responden a un principio general: todo cliente debe ser informado por el banco, antes de la perfección del contrato, de los riesgos que comporta la operación especulativa que se trate... Este genérico deber de negociar con buena fe conlleva el más concreto de proporcionar a la otra parte información acerca de los aspectos fundamentales del negocio, entre los que se encuentran (...) los concretos riesgos que comporta el producto financiero que se pretende contratar».

¹¹ En este sentido, recogen el principio de integración de la publicidad en el contrato, por ejemplo los artículos 60, 61.2, 49.2.b) TRLDCU, artículo 3 RD 515/1989 de 21 de abril sobre información de comunicar a los consumidores en la compraventa y arrendamiento de vivienda, artículo 8 Ley de Crédito al Consumo 2011, artículo 8 Ley Aprovechamiento por turnos de Bienes Inmuebles, entre otras. Véase al respecto a ZURILLA CARINANA, M. A. (2008). El derecho de información del consumidor en los contratos con consumidores y usuarios en el nuevo texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. En: *Comentarios a la Ley de Consumidores*, 2008, Centro de Estudios de Consumo, disponible en <http://www.uclm.es/CESCO/comentarios.asp>.

¹² DE LEÓN JIMÉNEZ, M. C. (2015). Error vicio en la contratación de swap. STS, Pleno, Sala Primera, 491/2015, 15 de septiembre. *Noticias Jurídicas. On line*. Disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/10632-error-vicio-en-la-contratacion-de-swap-sts-pleno-sala-1ordf-491-2015-15-septiembre/> (5 de noviembre de 2015).

¹³ Toda la legislación que regula estos deberes de información, como luego veremos, los sitúa dentro de la «información pre contractual», tanto como si se refieren para préstamos hipotecarios, créditos al consumo, o productos financieros complejos.

¹⁴ Por ejemplo la STS de 10 de septiembre de 2014 afirma que la información «será entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación», y continúa diciendo que «en la contratación en el mercado de valores, el ordenamiento jurídico impone a una de las partes un deber de informar detallada y claramente a la contraparte sobre las presuposiciones que constituyen la causa del contrato, como es el caso de los riesgos en la contratación de productos y servicios de inversión, y le impone esa obligación con carácter previo a la celebración del contrato y con suficiente antelación, en la promoción y oferta de sus productos y servicios, para que el potencial cliente pueda adoptar una decisión inversora reflexiva y fundada». Como otras sentencias que afirman o subrayan el carácter precontractual del os deberes de información, véanse: SSTS de 7 de julio de 2014; 4 de septiembre de 2014; 13, 27 y 30 de octubre de 2015, 11 y 25 de febrero de 2016.

¹⁵ Sobre la clara distinción entre la publicidad y el deber de información precontractual, véase CALLEJO RODRÍGUEZ, C. (2003). El deber precontractual de información: del esquema tradicional del Código Civil al régimen del derecho de consumo. *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 47, julio-septiembre, 24 y 25, que recoge las diferencias establecidas por ORTÍ VALLEJO, A. (1992). *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Salas Hernández, J. (coords.). Madrid: Civitas, 409 y 410.

¹⁶ Artículo 2:201 PECL: Oferta (1) Una propuesta equivale a una oferta cuando: (a) su finalidad es convertirse en un contrato en caso de aceptación por la otra parte, y (b) contiene términos lo suficientemente precisos para constituir un contrato. (2) La oferta puede dirigirse a una o varias personas determinadas o al público. (3) La propuesta hecha por un profesional, en anuncios, por catálogo o mediante la exposición de mercancías, de suministrar bienes o servicios a un precio determinado, se entiende como oferta de vender o de suministrar al precio 8 indicado hasta que se agoten las mercancías almacenadas o la capacidad del profesional de prestar el servicio.

¹⁷ Artículo 2.1.2 Principios UNIDROIT (Definición de la oferta) Una propuesta para celebrar un contrato constituye una oferta, si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación.

¹⁸ BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2016). Los requisitos legales de transparencia de las condiciones generales según la jurisprudencia española reciente. *Diario La Ley*, núm. 8795, Sección Doctrina, 4 de julio de 2016, 1-45.

¹⁹ En este sentido, GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La contratación con consumidores. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Tratado de Contratos*, tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 1655.

²⁰ Hace un buen análisis de las principales sentencias sobre hipotecas multidivisas, en las que se recogen las distintas posturas sobre su invalidez por vicio del consentimiento o nulidad parcial o total por ser una cláusula abusiva, AGÜERO ORTIZ, A. (2014). Las hipotecas multidivisa a examen. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 10, 43-50.

1.4. Sucesiones

La identidad de normas para resolver los conflictos de leyes internos e internacionales. Antecedentes y actualidad: especial referencia a los conflictos en materia de derecho de familia y sucesiones

Identity of rules to solve internal and international conflicts of law. Precedent and preset: special reference to conflicts regarding family and successions

por

FRANCISCO DE BORJA IRIARTE ÁNGEL

*Magistrado de la Sala de lo Civil y de lo Penal del TSJ del País Vasco
Máster Universitario en Derecho de familia y sistemas sucesorios
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales UNED*

RESUMEN: El presente trabajo analiza las normas de conflicto aplicables en este momento en España en materia de familia y sucesiones, tanto desde la perspectiva internacional como interna, intentando determinar si en la actualidad nos encontramos ante un sistema de unidad o dualidad de norma de conflicto en las diferentes materias.

ABSTRACT: *This paper analyzes the rules to solve conflicts of Law applicable now in Spain in questions related to family and inheritance issues, both from the internal or international perspective, trying to determine whether or not our actual system is a unitary or diversified one.*

PALABRAS CLAVE: Conflictos internos. Conflictos internacionales. Unidad o diversidad de normas.

KEY WORDS: *Internal conflicts. International conflicts. Unity or diversity of rules.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: CONFLICTOS INTERNOS, INTERLOCALES, INTERREGIONALES, INTRACOMUNITARIOS E INTERNACIONALES.—II. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE NORMA DE CONFLICTO.—III. IDENTIDAD O DUALIDAD NORMATIVA: 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA SOLUCIÓN. 3. LAS

SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO.—IV. EL ARTÍCULO 16.1 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. ORIGEN DEL PRECEPTO. 2. SUS DIVERSAS INTERPRETACIONES. 3. PROBLEMÁTICA: EL PRINCIPIO TEÓRICO DE UNIDAD DE NORMA DE CONFLICTO.—V. LA PROYECCIÓN DEL ARTÍCULO 16.1 DEL CÓDIGO CIVIL AL ESTATUTO PERSONAL (DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES): 1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. 2. LA LEY NACIONAL (VECINDAD CIVIL) COMO DETERMINANTE DEL ESTATUTO PERSONAL. 3. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE EFECTOS DEL MATRIMONIO Y PAREJAS DE HECHO: A) *Efectos del matrimonio*. B) *Las parejas de hecho*.—4. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN MATERIA DE RELACIONES FAMILIARES: A) *Filiación*. B) *Adopción*. C) *Protección de menores o personas con discapacidad*. D) *Alimentos entre parientes*. 5. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE SUCESIONES. 6. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE FORMA DE LOS TESTAMENTOS. 7. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO. 8. ¿IDENTIDAD NORMATIVA MATIZADA (Y CADA DÍA MÁS)?—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. JURISPRUDENCIA CONSIDERADA.

I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR: CONFLICTOS INTERNOS, INTERLOCALES, INTERREGIONALES, INTRACOMUNITARIOS E INTERNACIONALES

El hecho de que España sea un país con un sistema plurilegislativo o no unificado¹ en materia de Derecho de familia supone que, junto a los conflictos de leyes internacionales, existentes en todos los Estados, se planteen adicionalmente, conflictos internos, interregionales, o incluso interlocales². A los anteriores, se añaden, en palabras de J. D. GONZÁLEZ³ los intracomunitarios, es decir, las controversias sobre el ordenamiento aplicable entre los países de la Unión Europea. En estas líneas hemos querido unir el estudio de los postulados esenciales de los que presenten, adicionalmente, elementos internacionales, habida cuenta de la imbricación existente en todos ellos.

Todo ello se justifica si traemos razón de un supuesto de hecho. Así, si concurriese la sucesión de una persona física residente en España, o que haya optado por este régimen jurídico, resultará preceptivo dilucidar cuál de las leyes civiles existentes en el Estado⁴ sea la dirimente para la concreción del sistema hereditario⁵. Y para ello será necesario acudir a la correspondiente norma de conflicto, que puede ser la establecida para resolver las controversias internacionales u otra diferente, toda vez que, como veremos en este trabajo, los Estados se han inclinado por uno u otro de los métodos. En particular, adelantamos que, España ha optado —cuando menos formalmente— porque una misma norma resuelva ambos tipos de conflictos, al establecer el artículo 16.1 del Código Civil lo siguiente:

1. *Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:*

1.º *Será ley personal la determinada por la vecindad civil.*

2.º *No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.*

Nos encontramos ante una cuestión de especial relevancia, y probablemente necesitada de una profunda revisión, habida cuenta que *de facto*, tanto los Convenios en materia de Derecho Internacional Privado suscritos por España, como los Reglamentos de la UE sobre la materia, han dictado normas de conflicto

que, en ciertos aspectos difieren de las previstas en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil.

Con todo y con carácter preliminar revisaremos, al menos someramente, quién ostenta la competencia constitucional en España para dictar las normas que resuelven los conflictos internos. En su virtud, determinada la cuestión competencial en exclusiva quien la ostente podrá dictar disposiciones mediante las que se incline por uno u otro de los modelos. Al decir de N. MAGALLÓN⁶ es la clave de bóveda jurídica, pues la regulación de los conflictos de leyes está supeditada a las *características de la distribución de poder entre los diversos entes territoriales y a las normas atributivas de competencia*.

Como colofón al trabajo nos detendremos en los diferentes apartados del artículo 9 del Código Civil, sobre el estatuto o ley personal, pues es en su determinación donde habitualmente se producen los conflictos internos⁷. De este modo podremos fijar si, en la *praxis*, al día de hoy el sistema español es monista o dualista, o, lo que ya adelanto, un remedo de conmisión y fusión de ambas tesis en atención casuística a los supuestos controvertidos⁸.

La metodología de trabajo seguirá, en primer lugar una revisión del origen histórico de la norma, para continuar con una recapitulación del Derecho comparado y llegar a la actual redacción legislativa; adicionalmente, analizaremos la jurisprudencia —escasa— existente sobre estos aspectos y abordaremos, exegéticamente, las normas de conflicto vigentes en el momento de redactar estas líneas en materia de familia y sucesiones con la intención de constatar las hipótesis sobre la existencia de un sistema de identidad o dualidad legislativa para la resolución de los conflictos de leyes internos e internacionales.

Para terminar incluimos unas reflexiones finales a modo de conclusiones.

II. LA COMPETENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE NORMA DE CONFLICTO

Tal y como se planteaba en la introducción, la cuestión previa reside en ventilar en qué institución recae la competencia constitucional para legislar en materia conflictual, dada la relevancia sobre la cuestión esencial que nos indique si nos debemos inclinar ante la identidad o dualidad normativa. En este punto, es conveniente recordar el tenor literal del artículo 149.1 de la Constitución:

1. *El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:*
(...)

8.^a *Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial⁹.*

Aunque parece que el precepto se inclina hacia que toda la materia conflictual sea competencia del Estado, la cuestión no es pacífica doctrinalmente; sostiene M. E. ZABALO¹⁰, que la expresión «normas para resolver los conflictos de leyes» bien puede entenderse referida a *las normas de conflicto estricto sensu, o alcanzando también a las normas delimitadoras del ámbito de aplicación espacial de la normativa autonómica*.

Por su parte, A. BORRÁS estima que las Comunidades Autónomas pueden dictar normas de extensión o normas materiales especiales para regular conflictos internos, pues esto es necesario para la real aplicación de su normativa civil sustantiva. Literalmente asevera: *...en el momento de ejercer las propias competencias materiales es necesario simultáneamente delimitar el ámbito de aplicación de la norma, lo que se hará teniendo en cuenta la existencia de determinada vinculación con la Comunidad Autónoma. De esta forma, mediante una norma unilateral el legislador autonómico determina el ámbito espacial de aplicación de la norma. Pero en este caso, existe un límite derivado de la territorialidad de las normas autonómicas. De ahí que..., deba existir una «vinculación razonable del supuesto con el territorio de la Comunidad Autónoma...»¹¹.*

La misma autora continúa en otra de sus obras declarando que *el término «conflictos de leyes» debe ser tomado en su sentido propio y limitado... siguiendo en este punto a GÓNZÁLEZ CAMPOS que ...en muchos casos será difícil al legislador de una Comunidad Autónoma, llegado el momento de modificar o desarrollar su propio derecho civil, foral o especial, prescindir de forma absoluta de la extensión en el espacio del derecho material vigente en esa Comunidad, mediante normas materiales «autolimitadas», pues «ello entrañaría una posible desnaturalización de ciertas instituciones forales», llegando a la conclusión de que «no parece que vulnere el artículo 149.1.8.º de la Constitución el admitir que siempre que la misma naturaleza de una institución foral lo justifique y de acuerdo con la tradición histórica de ese ordenamiento, pueda el legislador de una comunidad histórica¹² determinar el ámbito de aplicación espacial del propio derecho material foral o especial, a la par que modifica o desarrolla este¹³.*

Por el contrario, otro consolidado sector doctrinal, como J. L. IRIARTE aprecian que...*la literalidad del artículo 149.1.8 de la Constitución no favorece la interpretación restrictiva en el sentido de entender que la competencia exclusiva del Estado para dictar las «normas para resolver los conflictos de leyes» se circunscribe a las normas de conflicto. Y la sentencia objeto de este trabajo no hace más que confirmar una reiterada doctrina constitucional previa en esta dirección. Así, el Profesor González Campos, después de algunas vacilaciones previas, sostuvo finalmente que dicha jurisprudencia «... excluye la posibilidad, defendida por la doctrina, de que las Comunidades Autónomas, tras la Constitución, pudieran delimitar unilateralmente el ámbito de aplicación de algunas instituciones de su Derecho civil propio, como habían hecho algunas Compilaciones¹⁴.*

La citada discusión doctrinal, como hemos visto, ha sido resuelta por el Tribunal Constitucional al entender que al decir «normas para resolver los conflictos de leyes» no solo incluye las normas de conflicto *estricto sensu*, sino también, las normas unilaterales o de extensión

Es la doctrina fijada por la importantísima STC 93/2013, de 23 de abril¹⁵, relativa a la Ley navarra de parejas de hecho, declara:

Conforme a la doctrina expuesta, la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadoras de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos de leyes, es, por tanto, una tarea que, en principio, resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas. El propio artículo 43 LORAFNA expresa esta idea cuando afirma que «[t]odas las facultades y competencias correspondientes a Navarra se entienden referidas a su propio territorio, sin perjuicio de la eficacia personal que,

en los supuestos previstos en los Convenios para materias fiscales entre Navarra y el Estado o en la legislación estatal, puedan tener las normas dictadas por las Instituciones Forales» pues enuncia un principio general —la eficacia territorial de todas las normas forales— y excepciona del mismo, restringiendo de ese modo las previsiones relativas a la eficacia personal de las normas forales, las decisiones relativas al ámbito fiscal derivado del régimen de Convenio económico con el Estado así como a lo específicamente dispuesto por el legislador estatal.

Es suma y pese al debate doctrinal¹⁶, el Tribunal Constitucional señala que la competencia en materia de normativa conflictual —no solo en lo relativo a las normas de conflicto, sino también en lo relativo a las normas unilaterales o de extensión de la aplicación de la norma— recae, exclusivamente en el Estado¹⁷. En este punto, el sistema español difiere de otros como el de los Estados Unidos o Canadá, en los que las entidades políticas infraestatales tienen capacidad para designar las normas sobre los conflictos de leyes¹⁸. De modo que, en nuestro caso, corresponde a las Cortes Generales determinar si se debe optar por un sistema de identidad o dualidad normativa, encontrándonos ante un modelo de norma de conflicto uniforme emanado de una fuente estatal¹⁹; en palabras de J. L. IRIARTE²⁰, estamos ante un sistema conflictual único y uniforme.

Desde la perspectiva del Derecho europeo, es irrelevante a estos efectos que la Unión Europea haya regulado determinadas cuestiones en materia de norma de conflicto internacional, pues en palabras de E. ZABALO: *En todos los Reglamentos citados se encuentra el enunciado de inaplicación a los conflictos de leyes internos, en el sentido de que dispensan a los Estados no unificados de aplicar las soluciones conflictuales del respectivo Reglamento a los conflictos de leyes que tienen su causa exclusivamente en la pluralidad de ordenamientos internos, estando privados, por lo tanto, de cualquier punto de contacto con otros ordenamientos extranjeros*²¹. Y es que la propuesta de L. GARAU²² relativa a la aplicación de las normas de conflicto europeas en los supuestos en los que no exista norma interna, de la que hablaremos al tratar la cuestión de las parejas de hecho, nos parece al menos discutible.

Por tanto, hasta la fecha el legislador europeo ha optado siempre por dejar al margen de sus Reglamentos en materia de Derecho internacional privado, todo lo relativo a los conflictos internos; sin perjuicio de que (...) *el legislador interno no pueda hacer extensibles, y por tanto, aplicables también, tales soluciones a sus conflictos internos. Una cosa es no obligar a su aplicación y otra muy distinta es no permitir su aplicación si el legislador competente, en este caso el estatal, lo dispone*²³.

De lo visto se deduce que, corresponde al Estado con carácter exclusivo (habitualmente las Cortes Generales) legislar sobre conflictos de leyes, nacionales e internacionales —con la indeterminación citada *ut supra* sobre los intralocales—, bien sea directamente, bien sea mediante la adhesión²⁴ a Convenios internacionales, con respeto en todo caso a las salvedades dictadas por la Unión Europea²⁵.

III. IDENTIDAD O DUALIDAD NORMATIVA

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una vez sentado que es competencia del Estado el establecimiento de las normas que resuelven los conflictos de leyes, se plantea la siguiente cuestión: ¿deben los conflictos internos y los internacionales resolverse conforme a las

mismas normas, o antes bien, deben ser disposiciones específicas y diferentes? Y es que la cuestión de si es necesario promulgar una ley singular para resolver los conflictos internos, distinta de la establecida para los conflictos internacionales, es objeto desde hace tiempo de disquisiciones doctrinales; así, A. BORRÁS afirma que *Las deficiencias del sistema me conducen a plantear la cuestión de si las mismas se subsanarían mediante la promulgación de una ley especial en materia de conflictos interregionales y diferenciada de la que, en su caso, regularían los conflictos internacionales*²⁶.

Cuestión que para autores como J. L. IRIARTE²⁷ debe calificarse de *imperiosa necesidad*, tal y como veremos a lo largo de este trabajo, ya que el sistema actual resulta especialmente mejorable.

2. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA SOLUCIÓN

Ya desde tiempo atrás se ha discutido cuál de las opciones sería la más acertada; así por ejemplo, A. BORRÁS²⁸ resume las posiciones de la siguiente manera: *Contra la ley especial se manifiesta razonadamente Casanovas diciendo que «la remisión a las normas de conflicto del Derecho internacional privado para la solución de los conflictos de leyes de carácter interregional ha evitado, gracias al carácter bilateral de dichas normas, muchos problemas...».*

(...)

A favor de la misma se manifiestan, entre otros, Pecourt García que aboga por un «nuevo sistema de derecho interregional»; Miaja de la Muela manifiesta también la insuficiencia de las normas dedicadas a los conflictos interregionales, (...); necesidad de ley relativa a los conflictos interregionales también manifestada por Delgado Echevarría y Pastor Ridruejo que precisan «la proyectada ley de Derecho interregional debe abarcar la totalidad de los problemas que suscita la presencia de elementos de diferente regionalidad en cualesquiera relaciones jurídicas...».

Y es que la proclamación de la necesidad de una ley autónoma viene de antiguo, pues ya fue evidenciada por *las conclusiones del Congreso Nacional de Derecho civil de 1946, que consideraban urgente la promulgación de una nueva ley de carácter general que resolviera los problemas de Derecho interregional, pretensión recogida en el Decreto de 23 de mayo de 1947, donde estaba prevista la creación de una comisión especial encargada de redactar un anteproyecto*²⁹.

Igualmente, con carácter inmediatamente posterior a la reforma del Título Preliminar del Código Civil —que, como sabemos, mantiene el anterior sistema de identidad normativa— R. BERCOVITZ³⁰ reclama la exigencia de una ley específica, inclinándose, por tanto, por un sistema de dualidad normativa al sostener que *... solo la elaboración de una Ley autónoma de conflictos interregionales (que se ocupase consecuentemente de la vecindad civil también) constituye una garantía de principio de que se pretende en verdad abordar la problemática en cuestión con toda la reflexión y con los conocimientos y estudios previos que la misma exige.*

Y eso que, como dice E. ZABALO³¹: *En aquel momento la solución de los conflictos de leyes internacionales procedía del mismo legislador, el estatal, mientras que la realidad actual es bien distinta, como se ha puesto de relieve en el apartado anterior, al pertenecer los conflictos de leyes al ámbito competencial del legislador de la Unión Europea, lo que junto a los Convenios ratificados en la materia, ha producido un doble panel de solución de conflictos, resultando progresivamente desplazadas y no operativas en las relaciones privadas internacionales, muchas de las normas del Título Preliminar.*

Porque si bien, cuando R. BERCOVITZ plantea la cuestión la norma de conflicto era idéntica para ambos, por lo que su planteamiento era más una necesidad práctica —adecuar la norma sobre conflictos internos a su particular idiosincrasia—, la realidad hoy es, como veremos en este trabajo, que las normas de conflicto internas e internacionales son distintas en varios supuestos, de modo tal que el sistema tiende a la dualidad normativa, más o menos matizada. En su virtud, recientemente, como decíamos más arriba, autores como J. L. IRIARTE³² han vuelto a proponer la acuciante aprobación de una norma específica:

Ante esta situación es ineludible abordar la reforma y modernización del sistema español de conflictos internos. Dado que el Estado tiene la competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes, es a él al que le corresponde asumir dicha tarea. Pero si no la acomete, y hasta el momento solo ha actuado muy levemente, las Comunidades Autónomas, especialmente las que tienen Derecho Civil propio, deben instar al Estado a una urgente y perentoria acción en este campo.

Necesidad que E. ZABALO³³ justifica en *Las particularidades que presentan las instituciones contempladas en los derechos civiles forales o especiales, así como el conocimiento de los conflictos concretos a que puedan dar lugar...* Con ello, como señalara R. Bercovitz, se persigue la elaboración de normas más ceñidas y concretas, lo que implica, lógicamente, una solución más correcta y adecuada.

Es decir, que la doctrina mayoritariamente propugna la necesidad de elaborar una ley específica para la solución de los conflictos internos, con opciones adecuadas a su problemática concreta, y que no sea genéricamente coincidente con la prevista para los conflictos internacionales.

3. LAS SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

En el Derecho comparado la cuestión se ha solventado de diferentes maneras, tal y como se describe en la obra de A. BORRÁS³⁴: *Les Etats adoptent des positions législatives et jurisprudentielles diverses en fonction de leur type d'organisation et leur façon particulière d'aborder la plurilégislation, d'un point de vue politique et constitutionnel.*

Así, teniendo en cuenta no solo si nos encontramos ante sistemas de identidad o dualidad normativa, sino también en qué nivel se sitúa, —si en el poder central o en las entidades políticas inferiores—, la competencia para establecer las diferentes reglas de conflicto, existen modelos que compila así³⁵: *De façon synthétique, et d'après Vita, les groupes pourraient s'établir de la façon suivante: a) règles de conflit uniques pour les deux types de conflit, avec des règles de conflit interlocal et international dans les ordres juridiques locaux, ce qui est le cas du Royaume-Uni, avec des règles particulières d'origine locale; b) dans un deuxième groupe, il situe certains systèmes, aussi de common law et donc similaires aux précédents, mais où l'on trouve une plus grande interférence de législateur fédéral. Il en découle qu'il peut y avoir une certaine différence entre les uns et les autres (Etats-Unis d'Amérique, Canada, Australie); c) systèmes particuliers, d'origine locale ou centrale, ayant des règles de conflit interlocal ou international ou international, ayant des règles de conflit interlocal ou international qui peuvent coïncider ou non, les cas échéant ayant des différences notamment en raison du rattachement utilisé, qui serait la nationalité pour les conflits internationaux et le domicile pour les conflits interlocaux; d) systèmes généraux, mais d'origine centrale, où le législateur donne simultanément des règles pour les deux types de conflit, mais qui peuvent à*

leur tour adopter deux modalités: la première, étendre les règles de droit international privé au droit interterritorial, ce qui était le cas de l'Espagne ou de l'Italie en 1923; la deuxième, étendre des règles de droit interlocal au droit international privé, comme la loi suisse de 1981 ; e) en fin, des systèmes généraux d'origine centrale, mais qui se distinguent des précédents du fait qu'ils ont des corps de règles différenciés pour les conflits internationaux et pour les conflits internes. E fut le cas de l'URSS, avant son démembrant, de la Pologne avant l'unification législative ou de la loi française de 1921 sur les conflits interlocaux provoqués par l'annexion de l'Alsace et de la Lorraine.

Es decir, concurren sistemas de identidad normativa y de dualidad, y en unos casos comunes para todo el Estado de que se trate y en otros diferentes, según sean aprobados por la Administración central o por las correspondientes unidades territoriales, como por ejemplo ya hemos visto que ocurre en los Estados Unidos de América³⁶.

Dicho esto, la propia autora considera que, en la práctica, podemos reducir los modelos a tres:

1. Los sistemas jurídicos en los que unas mismas reglas aplican para la resolución de los conflictos internos y los internacionales, como el Reino Unido.
2. Los sistemas en los que las reglas para los conflictos internacionales se extienden a los interregionales, como España, país en el que, como hemos visto estas reglas se extienden con ciertas especialidades.
3. Los sistemas en los que las reglas para resolver uno u otro tipo de conflictos de leyes son absolutamente separadas; sería el caso de la extinta Unión Soviética.

Es decir, que en el Derecho comparado encontramos varias posibilidades que podrían ser seguidas por el legislador español.

IV. EL ARTÍCULO 16.1 DEL CÓDIGO CIVIL

1. ORIGEN DEL PRECEPTO

El artículo 16.1 del Código Civil, citado en el Planteamiento preliminar de este trabajo, apuesta decididamente por la identidad normativa, al establecer que los conflictos internos se resolverán *según las normas contenidas en el capítulo IV*; por tanto, se produce una remisión a las disposiciones en materia de conflictos internacionales.

A continuación describiremos brevemente su origen, el alcance de la remisión y sus interpretaciones, para en el siguiente apartado verificar si a fecha de hoy efectivamente estamos ante un supuesto de identidad de norma.

Tal y como declara R. BERCOVITZ³⁷, *De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 17 de marzo de 1973, la regulación de los conflictos interregionales, una vez promulgadas todas las Compilaciones de los Derechos Forales, constituía la causa principal de la reforma del Título preliminar. Pero la realidad es que, como afirma el mismo autor a continuación, ... el mismo proyecto del gobierno resultaba ya contradictorio entre los propósitos expresados en su Exposición de Motivos y el texto legal, ya que este se limitaba a introducir como novedad «las específicas provisiones que algunas instituciones requieran», manteniéndose*

básicamente la regulación ya vigente, y que no era otra que la contenida en la versión original del artículo 14 del Título Preliminar del Código Civil, que decía: *Conforme a lo dispuesto en el artículo 12, lo establecido en los artículos 9.º, 10 y 11, respecto a las personas, los actos y los bienes de los españoles en el extranjero, y de los extranjeros en España, es aplicable a las personas, actos y bienes de los españoles en territorios o provincias de diferente legislación civil.*

Este artículo era, a su vez, tributario de diversas sentencias del Tribunal Supremo dictadas en los tiempos inmediatamente anteriores a la promulgación del Código Civil, tal y como sostiene J. BARÓ³⁸: *En el Título Preliminar que antecede al Libro 1, se introduce una significativa variación en el artículo 14; recogiendo la doctrina jurisprudencial, establece, sin antecedentes en los Proyectos anteriores, la aplicación de las reglas dictadas para la solución de los conflictos internacionales, en aquellos suscitados a nivel interregional.*

El autor, en nota a pie de página continúa: *Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1868*³⁹. *El propio Alonso Martínez, en sus «Fundamentos de la doctrina de algunos preceptos del Código Civil...» (edición cit. de Rogel y Vattier, 1330), justifica esta innovación: «Era consecuencia lógica e indeclinable de la disposición contenida en el artículo 12, equipara el derecho que podemos llamar interprovincial al derecho internacional privado. La doctrina de los Estatutos personal, real y formal, establecida en los artículos 9.º, 10.º y 11.º para los extranjeros, es aplicable a los naturales o vecinos de provincias españolas de diferente legislación civil.»*

Es decir, que el codificador opta en un primer momento por un sistema de unidad de norma conflictual que había sido anteriormente determinado por el Tribunal Supremo, al estimarse en aquel momento lo más lógico, si bien, sin un análisis lo suficiente prolijo.

Los criterios de aquellos tiempos —en los que las relaciones internacionales, e incluso, me atrevo a decir interlocales, eran escasas, a salvo de ciertos territorios «mixtos» como Vizcaya— pudieron servir para salir del paso, empero, dieron lugar a ciertas disputas, que se fueron acrecentando cuando la normativa convencional —especialmente desde la entrada en vigor de la actual Constitución— y de la Unión Europea —en tiempos más recientes, al menos en lo que a este trabajo atañe— fueron estableciendo normas de conflicto externas al Código Civil.

2. SUS DIVERSAS INTERPRETACIONES

La remisión realizada por el artículo 16.1 del Código Civil a las normas de Derecho internacional privado del Código Civil no es en su totalidad, sino que como dice J. DELGADO⁴⁰. *Hay que precisar, sin embargo, que la remisión la hace el artículo 16-1, en realidad, a las normas contenida en el capítulo IV del mismo título preliminar (arts. 8 a 12). No a otras normas del Código ni, lo que es mucho más importante, al Derecho internacional convencional.*

En cuanto a lo primero, quedan formalmente fuera de la remisión artículos como el 688, 732 y 733 del Código Civil, así como otros del mismo Código Civil (como 49, 50 y 107) que, además, por razón de la materia no serían trasladables directamente a la solución de conflictos internos. Hay también normas de Derecho internacional privado en muchas otras leyes civiles españolas, a las que tampoco hace remisión el artículo 16 del Código Civil.

Por tanto, si bien una lectura literal del precepto nos lleva a considerar que la remisión es limitada al Capítulo mencionado del Código Civil, el autor prosigue

su razonamiento, para concluir que la remisión se extiende a toda la normativa de Derecho internacional privado de producción interna: *Pero a pesar de la letra del artículo 16 (que cumple muy deficientemente el mandato de la Ley de Bases de 1973), es defendible la opinión que entiende realizada la remisión «no solo a dichas disposiciones concretas, sino, con carácter general, a las normas sobre conflictos de leyes internacionales vigentes en nuestro ordenamiento»* [José FERNÁNDEZ ROZAS, y Sixto SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.^a ed., Madrid, 1996, pág. 106].

Por el contrario, en relación con las normas de origen internacional o europeo, considera que: *Quedan fueran del sentido literal de la remisión y, por tanto, en principio, del Derecho interregional privado las normas de Derecho internacional de origen convencional, cada vez más importantes en el Ordenamiento español, y que van sustituyendo la aplicación de las del título preliminar del Código por otras basadas en criterios generalmente más modernos y adecuados. Aunque entendamos del modo más amplio y contra su letra la remisión del artículo 16-1, ocurre, como señalan FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO [loc. ult. cit.] que «las normas de origen convencional suelen excluir expresa o implícitamente su aplicación a los conflictos de leyes internos», de manera que solo en casos excepcionales sustituirán en los conflictos internos la aplicación de las reglas del Código. Con el riesgo de que estas puedan quedar obsoletas precisamente porque el legislador estatal se olvide de ellas, una vez que sigue la vía convencional para su modernización.*

De idéntica forma aseveran A. L. CALVO y J. CARRASCOSA⁴¹ partiendo de las últimas modificaciones legislativas, para quienes *Definitivo resulta el hecho de que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia haya dado nueva redacción a los apartados 4 [filiación], 6 [protección de menores y de mayores de edad] y 7 [alimentos]. Estos tres preceptos se remiten en la actualidad a diversos convenios internacionales en vigor para España y a distintos Reglamentos europeos que contienen normas de conflicto de leyes. Proyectado al campo de los conflictos internos, ello significa que los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Código Civil solo remiten a las normas internacionales cuando el legislador español así lo indica expresamente. Antes de su reforma en 2015, estos preceptos tenían sus propios criterios de conexión y no se podía entender que remitían a tales normas internacionales. Si el artículo 9 del Código Civil remitiese a tales normas internacionales de modo automático o implícito, no habría hecho falta que el legislador lo indicara expresamente. Por otro lado, el artículo 9.8 del Código Civil no ha sido modificado y mantiene su anterior redacción, sin referirse al Reglamento sucesorio europeo. Este instrumento legal se aplica para fijar la Ley aplicable a las sucesiones internacionales, mientras que el artículo 9.8 del Código Civil se aplica para fijar la Ley aplicable a las sucesiones en casos de Derecho interregional o cuando el Reglamento sucesorio europeo ordena aplicar la Ley española en general. Puede, por tanto, afirmarse que el Derecho interregional español se contiene en el Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil, de modo que los convenios internacionales y Reglamentos europeos vigentes para España solo son aplicables, por referencia, a supuestos de Derecho interregional cuando las normas recogidas en el Capítulo IV citado remiten expresamente a dichos convenios y Reglamentos.*

En similar sentido concluye L. GARAU⁴²: *Si el legislador español hubiera considerado que el conflicto interno en la sucesión de españoles era susceptible de ser correctamente resuelto por la vía del artículo 36.1 y no del 38, debería haber modificado el contenido del artículo 9.º 8 del Código Civil para evitar las inadaptaciones entre este artículo y el capítulo III del Reglamento a las que ya nos hemos referido. Al no haberlo hecho, lo razonable es entender que ha optado implícitamente por*

mantener fuera del capítulo III del Reglamento los conflictos internos planteados por la sucesión de los españoles.

Para luego proseguir a pie de página: *El legislador ha tenido buenas oportunidades para pronunciarse al respecto, pero no lo ha hecho ni con ocasión de la modificación de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9.º del Código Civil (art. segundo, número uno, de la Ley 26/2015) ni con ocasión de la introducción de una nueva Disposición final 26.ª en la LEC sobre medidas para facilitar la aplicación del Reglamento 650/2012 en España (Disposición final segunda de la Ley 29/2015).*

Pero esta no es la única interpretación posible, aunque sí la más extendida, porque, como recapitula E. ZABALO⁴³: *Ya ha suscitado suficiente debate doctrinal, si se compara con la escasa respuesta y atención por parte del legislador español, la conveniencia o no de legislar sobre los conflictos internos, así como sobre si la remisión del artículo 16.1 del Código a las normas del Capítulo IV del Título Preliminar, debería entenderse literalmente, esto es referidas a las mismas normas contenidas en el texto legal, o de manera dinámica, lo que permitiría que una vez desplazada esa norma por el efecto universal de Convenio o Reglamento UE, y sustituida por el propio texto internacional, fueran las soluciones de este último también aplicables a los conflictos de leyes internos.*

Por esta interpretación más flexible o dinámica se inclina, igualmente, N. MAGALLÓN⁴⁴ al considerar que es lo que se desprende de la finalidad de la reforma del Título Preliminar del Código Civil operada a consecuencia de la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar, pues la intención del legislador era *aplicar las soluciones establecidas en el ámbito internacional a los conflictos internos.*

Por tanto, nos encontramos ante dos posibles interpretaciones:

- Una estática —y mayoritaria—, en virtud de la cual la remisión a la norma de conflicto internacional lo es al texto (norma de conflicto concreta) contenido en el Código Civil⁴⁵, sin perjuicio de que para los conflictos internacionales exista una norma de conflicto diversa, derivada del Derecho convencional o de la Unión Europea.
- Otra dinámica, que supondría que la remisión a las normas del Código en materia de Derecho internacional privado lo es a la norma de conflicto aplicable a los conflictos internacionales, la que aparece en el mismo cuerpo legal sea la norma convencional o comunitaria que por su parte la haya sustituido.

La interpretación dinámica, aunque, como hemos visto, minoritaria en la doctrina, tendría la ventaja de que respetaría el principio de identidad de soluciones que, informaba la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 1973.

En todo caso, la nueva redacción de los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Código Civil, y su novedosa solución para volver a la unidad normativa llevan a E. ZABALO⁴⁶ a considerar que: *No obstante, parece que el legislador español ha iniciado un camino distinto, consciente o no, de su repercusión en el plano de la regulación de los conflictos de leyes internos, pues sin alterar el artículo 16.1, que sigue remitiendo a las normas del Título Preliminar, ha modificado, entre las reformas legislativas acaecidas en el verano de 2015, algunas de las normas de Derecho Internacional Privado del referido Título. Así, la nueva Ley de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha arrastrado, como ya viene siendo técnica habitual, las normas de conflicto en la materia, dando nueva redacción a los apartados 4, 6 y 7 del artículo 9 del Código.*

La modificación ha consistido, por una parte, en incorporar por referencia los instrumentos internacionales (Convenios en este caso) que ya desplazaban el contenido anterior de tales normas, de manera que según la redacción vigente la disposición a la que remite el artículo 16.1 para determinar la ley aplicable, tanto en materia de «contenido de la filiación y ejercicio de la responsabilidad parental» (9.4 párrafo 2.º), como en materia de protección de menores (9.6), es el Convenio de La Haya de 1996 en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños. Lo mismo sucede en materia de obligaciones de alimentos, siendo aplicable a los conflictos internos por la remisión del 16.1 el Protocolo de La Haya de 2007.

Esta nueva forma de legislar la norma de conflicto interna supone, en palabras de CALVO y CARRASCOSA⁴⁷, un *regreso parcial* al principio de unidad mediante «incorporaciones por referencia» de textos internacionales en el artículo 9 Código Civil: *el sistema recupera su unidad, al menos parcialmente*, pues con posterioridad a la entrada en vigor del correspondiente Convenio, se ha modificado la norma de conflicto interna en el sentido de hacer una remisión directa o indirecta a aquel, lo que supone que ambas clases de conflictos se regirán por idéntica norma. Sin embargo, este restablecimiento parcial de la unidad, aprobado en el verano de 2015, no se ha extendido a todos los supuestos, pues en una materia tan importante en los conflictos internos como las sucesiones, tal y como veremos más adelante, rigen diversas normas para los conflictos internos —artículo 9.8.CC— e internacionales —Reglamento 650/2012—.

Para los citados autores el objetivo de esta nueva técnica legislativa es el siguiente: *De este modo, el legislador español ha tratado de resolver otros dos problemas adyacentes: (a) La modernización de las conexiones del Derecho interregional. La vecindad civil⁴⁸ es una conexión propia de realidades rurales y decimonónicas que resulta poco adaptada a la velocidad de cambio de la sociedad actual y al movimiento constante de las personas en el siglo XXI. Con esta política legislativa, la elección de ley por las partes y la residencia habitual, conexiones predominantes en DIPr. de la UE y en los convenios internacionales, pasan al primer plano también en Derecho interregional y convierten a la vecindad civil en un inaplicable recuerdo del pasado. Por otro lado, de este modo se evitan problemas lógicos que se suscitaban cuando se trataba de fijar la Ley aplicable a cuestiones jurídicas relativas a un extranjero, pues los extranjeros no tienen vecindad civil española alguna; (b) La cuestión política. Cierto es, recuerda E. Zabalo Escudero, que solo el legislador estatal puede modificar el sistema español de Derecho interregional. Sin embargo, verdad es también que la elaboración de un nuevo sistema de Derecho interregional o su modificación sustancial genera graves tensiones políticas en España. No hay que olvidar que reformar las normas de Derecho interregional contenidas en el Código Civil afecta al ámbito de aplicación de las normas civiles de las distintas CCAA españolas. Estas mantienen criterios muy dispares al respecto. Con la incorporación al artículo 9 del Código Civil de los criterios de conexión internacionales y europeos, el legislador estatal logra «diluir» el problema político (= pues no se trata de que dicho legislador estatal imponga a las CCAA los criterios relativos al ámbito de aplicación en el espacio de las leyes civiles de las CCAA), puesto que la referencia que el artículo 9 del Código Civil hace en favor de los criterios internacionales y/o europeos transfiere la responsabilidad política del nuevo Derecho interregional español, en su práctica totalidad, a la UE y otras instancias internacionales. Elaborar una Ley de Derecho interregional en España o abordar una reforma integral del Derecho interregional español constituye un problema político muy delicado que, de este modo, puede evitarse.*

Como decimos, este camino —iniciado en el verano de 2015— puede producir el retorno al principio de unidad normativa, lo que no sabemos si se culminará en otros supuestos, ya que en materia de sucesiones, se ha optado por mantener supuestos de dualidad, mantenimiento que igualmente parece que se producirá respecto de los Reglamentos de matrimonio y parejas de hecho. En este sentido debemos recordar que este camino de vuelta a la identidad normativa mediante el acogimiento de la normativa comunitaria emprendido por otros Estados, como el Reino Unido⁴⁹.

3. PROBLEMÁTICA: EL PRINCIPIO TEÓRICO DE UNIDAD DE NORMA DE CONFLICTO

En el panorama actual, en que nos encontramos ante un principio teórico de unidad de norma de conflicto que, como veremos más *infra*, debe considerarse severamente modulado, conlleva que las soluciones proporcionadas no siempre son las más afortunadas:

- De una parte, en los supuestos de unidad existe clara coordinación entre las soluciones a los conflictos internos e internacionales, si bien las respuestas se ajustan a las necesidades de estos últimos y, por el contrario, es habitual que no atiendan a las exigencias reales de aquellos.
- Por otra parte, si concurrese una diversidad de normas de conflicto —que pueden ocasionar ciertas descoordinaciones perturbadoras— presenta la ventaja de que las soluciones proporcionadas por el Derecho interno pueden ser más acordes a las auténticas exigencias, caso de que se legislan adecuadamente.

En resumidas cuentas, se presenta ante un sistema inconsistente e inadecuado a las necesidades actuales.

V. LA PROYECCIÓN DEL ARTÍCULO 16.1 DEL CÓDIGO CIVIL AL ESTATUTO PERSONAL (DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES)

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Una vez analizada la posición dogmática anterior, corresponde determinar si en cuanto al estatuto personal (art. 9 del Código Civil) —que como ya se ha anticipado es el más relevante a los efectos de los conflictos internos— el sistema español puede calificarse de identidad o, por el contrario, de dualidad normativa.

Para ello iremos desgranando los epígrafes del precepto que aplicables en la *praxis*, es decir apartados 1 a 8 del artículo 9 del Código Civil, así como el 11 en lo relativo a la forma de los testamentos, al tratarse de un elemento íntimamente ligado, así como el 107.

Por el contrario, quedan excluidos de nuestro análisis:

- Los apartados 9 y 10 del artículo 9 del Código Civil al no resultar aplicables en materia de conflictos internos, las situaciones de falta de vecindad o duplicidad civil.
- El apartado 11 del citado precepto, al exceder del marco analítico de este estudio, sobre las personas jurídicas. A mayor abundamiento, las perso-

nas jurídicas presentan escasa relevancia práctica en cuanto atañe a los Derechos civiles forales o especiales, sin perjuicio de posteriores trabajos donde daremos cuenta de las proporciones exactas de esta cuestión.

Sentado lo anterior, abordamos los apartados uno por uno.

2. LA LEY NACIONAL (VECINDAD CIVIL) COMO DETERMINANTE DEL ESTATUTO PERSONAL

El primer apartado del artículo 9 establece:

La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

El cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la ley personal anterior.

Esto supone que estos aspectos se regularán en todo caso por la ley personal —nacionalidad/vecindad civil— de la persona, de forma que nos encontraríamos ante un supuesto de unidad legislativa relativa, en tanto la vecindad civil no es lo mismo que la nacionalidad, pero sí su equivalente a estos efectos; se trata de una diferencia, como hemos visto, consagrada por el propio artículo 16.1 Código Civil.

Sin embargo, la anterior afirmación debe atemperarse, al resultar necesario tener en cuenta que en el ámbito internacional la capacidad no siempre depende de la nacionalidad, como ocurre, por ejemplo, en la capacidad para otorgar testamento, según el artículo 5 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de Leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, conforme al que:

A los efectos del presente Convenio, las normas legales que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieran a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma.

Este precepto, unido a los múltiples puntos de conexión establecidos en el artículo 1 sobre la validez de los testamentos desde la perspectiva formal —la mayoría distintos de la nacionalidad del testador, y sobre los que nos detendremos más adelante— desemboca a que la capacidad para otorgar testamento en el tráfico internacional no siempre dependa de la ley nacional del causante.

Por el contrario, el artículo 11 del Código Civil, en principio aplicable a los conflictos internos relativos a la forma de los testamentos, se remite a la *lex loci celebrations*, sin realizar matiz alguno respecto a lo establecido en el 9.1 del Código Civil para el estatuto personal. Es decir, la capacidad para otorgar testamento dependerá siempre de la vecindad civil, lo que implica que la norma de conflicto en materia de capacidad no siempre sea la misma en el tráfico interno y en el internacional.

En definitiva, no siempre rige idéntica norma de conflicto en materia interna que en materia internacional sobre la capacidad de las personas o su protección.

En cuanto al principio general de que el estatuto personal se basa en la nacionalidad/vecindad civil, se quiebra en materia de relaciones familiares y protección de menores. Así, el legislador interno ha optado en varios casos por la residencia habitual como punto de conexión, en detrimento de la nacionalidad, algunas veces mediante la *nacionalización* de Convenios internacionales y otras, directamente, estableciendo en ese sentido la norma de conflicto.

3. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE EFECTOS DEL MATRIMONIO Y PAREJAS DE HECHO

En este apartado trataremos la cuestión del régimen aplicable a las parejas, tanto casadas como no.

A) *Efectos del matrimonio*

Los apartados 2 y 3 del artículo 9 regulan la norma de conflicto en relación con los efectos del matrimonio y la validez de las capitulaciones matrimoniales:

2. *Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.*

La nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

3. *Los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio serán válidos cuando sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento.*

Es norma aplicable tanto a los conflictos internos como a los internacionales, toda vez que para el Estado español no está en vigor el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, si bien solo temporalmente. Estamos ante un sistema de unidad de norma de conflicto «en periodo de extinción».

Y ello, porque para los matrimonios con elemento internacional contraídos —o quieran modificar su régimen económico— a partir del 29 de enero de 2019, será de aplicación el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales⁵⁰.

Dice en este punto su artículo 22:

Los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes:

- a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo;*
- b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.*

Es decir, si bien mantiene el principio de libertad de pacto, lo cierto es que permite a los cónyuges —aún en los supuestos de igual nacionalidad— optar por la ley del Estado en el que uno de ellos o los dos tenga su residencia habitual en el momento del acuerdo⁵¹, apartándose de las reglas del Código Civil que seguirán siendo de aplicación a los conflictos internos de conformidad al artículo 35 del Reglamento.

Subsidiariamente, el artículo 26 establece las reglas aplicables en defecto de pacto:

1. En defecto de un acuerdo de elección con arreglo a lo dispuesto en el artículo 22, la ley aplicable al régimen económico matrimonial será la ley del Estado:

- a) de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio o, en su defecto,
- b) de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio o, en su defecto,
- c) con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

2. Si los cónyuges tienen más de una nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio, solo se aplicarán las letras a) y c) del apartado 1.

Adicionalmente el apartado 3 del precepto prevé ciertos supuestos en los que será de aplicación otra Ley en virtud del principio de proximidad en caso de litigio.

A falta de autonomía de la voluntad, la residencia será un criterio preponderante respecto a la nacionalidad caso de matrimonio internacional y que, como en los supuestos de pacto entre los cónyuges, a partir de la entrada en vigor del Reglamento la norma de conflicto diferirá para los conflictos internos e internacionales.

Estos preceptos deben completarse en los países con diferentes sistemas internos con las reglas de los artículos 33 y 34, de entre los que se aplicará en España aquel, por no existir conflictos interpersonales sino interterritoriales —a pesar de que sea la vecindad civil de las personas la determinante para la aplicación de una u otra norma, esta depende de criterios territoriales más que personales—. Si se produjese un doble conflicto internacional e interno, la ley aplicable será determinada de entre las españolas conforme a la normativa interna, y solo si no proporciona solución —por ejemplo, conflictos en los que son parte extranjeros vinculados a España, que, como es sabido, carecen de vecindad civil⁵²— deberemos acudir a lo establecido en el artículo 34.2 que, en resumen, sustituye cualquier referencia a nacionalidad o domicilio por la ley de la unidad territorial en la que los cónyuges residen o tengan una conexión más estrecha.

Finalmente, como ya hemos dicho, el artículo 35 excluye de su aplicación los conflictos únicamente internos, por lo que deberán ser solucionados según el Código Civil.

B) Las parejas de hecho

Íntimamente relacionada con la cuestión del matrimonio está la de las parejas estables o de hecho, materia especialmente compleja⁵³ pues, no encontramos, en palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado⁵⁴, ante un ámbito que presenta carencias jurídicas notables en España, entre las que no es excepción el Derecho internacional privado. En este sentido, el Título Preliminar del Código Civil está desprovisto de norma de conflicto expresa y, adicionalmente, el Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 2007, preparado por la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC, en sus siglas en francés) cuyo instrumento de ratificación, según la página web⁵⁵ del organismo, fue depositado por España el 4 de agosto de 2010, no se encuentra en vigor⁵⁶.

Y es que, por no existir, ni siquiera contamos con una Ley de aplicación general a las parejas de hecho, o un Registro nacional, de forma que hasta

trece Comunidades Autónomas han aprobado sus propias disposiciones en una materia u otra, incorporando, en general, su ámbito de aplicación, sin criterios homogéneos⁵⁷. Extremo al que se añade el de las parejas de hecho no inscritas, en lo que no podemos abundar.

Por tanto, estamos ante un panorama de complicada solución, para el que se han planteado diferentes alternativas; así, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado antes citada ha optado por acudir al artículo 9.1 del Código Civil. Por otra parte, la doctrina⁵⁸ ha propuesto las siguientes reglas para resolver esta laguna o esta disparidad de criterios según los territorios correspondientes:

- a) Las parejas registradas se regirán por la Ley del país en el que se ha inscrito por primera vez la relación no matrimonial⁵⁹; esto no deja de suponer la autonomía de la voluntad de las partes, al menos limitada, en tanto podrán elegir el Registro, habitualmente entre los de sus respectivas nacionalidades y/o residencias⁶⁰.
- b) Las parejas no registradas deben acudir a la nacionalidad común de las partes, y, en defecto de esta, a la Ley más estrechamente vinculada a la pareja.
- c) A los posibles efectos externos, por ejemplo, régimen sucesorio o alimentos, les resultará de aplicación su correspondiente norma de conflicto específica.

Como decía, se trata de un criterio doctrinal sin sustento legislativo, pero, que razonablemente se aplicaría tanto a los conflictos internos como a los internacionales.

Esta indefinición, al menos en lo que a las parejas registradas se refiere, quedará solucionada para los conflictos internacionales por el Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas⁶¹, que al igual que el citado en el apartado anterior será de aplicación a partir del 29 de enero de 2019.

Conforme a su artículo 22, los miembros de la pareja podrán optar por escrito por la Ley:

- del Estado en el que los miembros de la pareja, o futuros miembros, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo;
- del Estado de la nacionalidad de cualquiera de ellos en el momento en que se celebre el acuerdo.
- del lugar en el que registren la relación.

Siempre que estas leyes atribuyan consecuencias patrimoniales a las parejas registradas; si nada acordasen, la pareja se regirá, con carácter general, por la Ley del lugar en que se encuentren registradas.

El artículo 33 establece las reglas para resolver los conflictos cuando la norma anterior nos lleve a un país plurilegislativo: en primer lugar, el conflicto se resolverá de acuerdo con la normativa interna, y, como ocurre en nuestro caso, en su defecto, deberemos acudir a lo establecido en su apartado 2, que, en resumen, sustituye cualquier referencia a nacionalidad o domicilio por la ley

de la unidad territorial en la que los cónyuges residan o tengan una conexión más estrecha.

Conforme a este Reglamento tenemos un sistema para resolver los conflictos con elemento internacional, pero no para los exclusivamente internos, toda vez que su artículo 35 excluye la aplicación de sus reglas a los conflictos internos si el Estado en cuestión no se acoge a ellas expresamente. Y es que, como ya hemos adelantado, no compartimos la opinión de L. GARAU⁶², conforme a la que la inexistencia de una norma de conflicto interna suponga la aplicación a los conflictos internos de las normas contenidas en el Reglamento por aplicación de la opción contenida en su artículo 35; la decisión de someter o no los conflictos internos a las normas reglamentarias es una decisión de gran calado jurídico, una *decisión de política nacional* en palabras de J. CARRASCOSA⁶³, que no puede deducirse de nada que no sea la manifestación expresa de la voluntad del legislador nacional. Manifestación que no nos parece defendible considerar que se produce legislando —o dejando de legislar— la norma de conflicto aplicable a determinadas materias, menos aún si la eventual manifestación de voluntad legislativa es muy anterior al Reglamento⁶⁴.

En suma, una vez entre en vigor el Reglamento estaremos ante una dualidad normativa *sui generis* para las parejas registradas, pues no existe en España norma positiva que resuelva los conflictos internos de leyes en parejas de hecho. Respecto a las no registradas seguiremos con idénticos problemas.

4. LAS NORMAS DE CONFLICTO EN MATERIA DE RELACIONES FAMILIARES

Son diversas las normas contenidas en el artículo 9 en relación con las diferentes relaciones familiares⁶⁵:

A) Filiación

Conforme al apartado 4 del artículo 9,

La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.

La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.

Este precepto regula dos cuestiones separadas:

- Por un lado, la determinación de la filiación, que como podemos ver, se aparta del régimen general del estatuto personal, al no recaer el punto de conexión principal en la nacionalidad (o vecindad civil), sino en la residencia habitual del menor.

- Por el otro, ampara el contenido de la filiación y de la responsabilidad parental, para lo que acude al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996⁶⁶.

Es destacable, por poco habitual, que en este caso —como sucede en la protección de menores, que estudiaremos después— el legislador ha optado por hacer una remisión a la norma de conflicto convencional, de forma que esta aplicará tanto a los conflictos internos como a los internacionales, iniciando el nuevo sistema de identidad normativa *sui generis* del que ya hemos hecho mención expresa.

Esto supone que en estas materias una única norma de conflicto será de aplicación a los que puedan surgir, interna o internacionalmente.

B) Adopción

Conforme al apartado 5 del artículo 9,

5. *La adopción internacional se registrará por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional.*

Es decir, que idénticos criterios se producirán tanto para resolver los conflictos internos como los internacionales, al menos hipotéticamente⁶⁷.

Así, conforme al artículo 18 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional,

La constitución de la adopción por la autoridad competente española se registrará por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:

a) *Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.*

b) *Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.*

Completándose este precepto por el artículo 21:

1. *Cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, la constitución de la adopción se registrará:*

a) *Por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país.*

b) *En defecto del criterio anterior, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando.*

Adicionalmente, el artículo 19 establece que:

1. *La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se registrarán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos:*

a) *Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción.*

b) *Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.*

Es decir, que una vez más la norma se aparta de la regla general para el estatuto personal —nacionalidad— y se acoge al criterio de la residencia habitual, postergando a la nacionalidad para supuestos específicos.

Con todo, reiteramos, existiendo un único criterio tanto interno como internacional para los supuestos de adopción.

C) Protección de menores o personas con discapacidad

El apartado 6 del artículo 9 declara:

6. *La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo.*

La ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad se determinará por la ley de su residencia habitual. En el caso de cambio de la residencia a otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de protección acordadas en otros Estados. Será de aplicación, sin embargo, la ley española para la adopción de medidas provisionales o urgentes de protección.

Por tanto, en relación con la protección de menores, tal y como ocurría con su guarda y custodia, la norma convencional se incorpora tanto para los conflictos internos como para los internacionales.

Para los mayores se acude a la residencia habitual —una vez más en detrimento de la nacionalidad— como punto de conexión, tanto para los conflictos internos como para los internacionales⁶⁸.

D) Alimentos entre parientes

La norma de conflicto aplicable a los alimentos entre parientes aparece recogida en el apartado 7 del artículo 9:

7. *La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya.*

Una vez más, se trae a la normativa interna lo que deriva del Derecho convencional, de forma que, conforme al artículo 3 del mencionado Protocolo, *las obligaciones alimenticias se regirán por la Ley del Estado de la residencia habitual del acreedor*, a salvo de contadas excepciones, irrelevantes a estos efectos, y de las cuales es la más significativa la que determina que se aplicará la ley del foro en los alimentos entre ascendientes y descendientes si el acreedor no pudiera obtenerlos en el país en el que tiene su residencia habitual.

Igual que en el resto de supuestos de este apartado, la norma de conflicto es relevante para las situaciones internas o internacionales.

5. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE SUCESIONES

En materia sucesoria nos enfrentamos a una cuestión especialmente espinosa, pues, si bien nos encontramos, como veremos, en un sistema dualista, es más que razonable estimar que aún perviven aspectos insolubles en las sucesiones internacionales sometidas al artículo 9.8 del Código Civil.

Y es que, a los efectos de los conflictos internacionales y para los fallecidos a partir del 17 de agosto de 2015, la norma aplicable es la contenida en el Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo⁶⁹.

A tenor de su artículo 21 *la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento*, salvo que opere el principio de proximidad o el causante opte expresamente por la ley de su nacionalidad —bien en el momento de optar, bien en el momento de su fallecimiento— en una disposición *mortis causa*, conforme a los artículos 21.2 y 22 del Reglamento.

Reglas que no serán de aplicación a los conflictos internos⁷⁰, según el artículo 38 del Reglamento, de forma que para estos será de aplicación el artículo 9.8 del Código Civil:

8. *La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.*

De forma que se sigue el patrón de la ley nacional (o mejor, de la vecindad civil) a que se refería el artículo 9.1, pero matizado en lo referente al principio del *favor testamenti* y los derechos del cónyuge viudo, cuestiones sobre las que no entraremos por exceder de los límites de este trabajo⁷¹.

La misma norma será de aplicación para los supuestos internacionales cuando el fallecimiento se hubiese producido con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento.

Por tanto, como anticipaba, en materia sucesoria nos encontramos a fecha de hoy con un sistema de dualidad de norma de conflicto, dependiendo de que este sea interno o internacional⁷², sin perjuicio de que aún pervivan sucesiones internacionales pendientes de solventar sometidas a un sistema de unidad de norma de conflicto.

6. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE FORMA DE LOS TESTAMENTOS

A tenor de lo establecido en el artículo 11 del Código Civil:

1. *Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. No obstante, serán también válidos los celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley aplicable a su contenido, así como los celebrados conforme a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes. Igualmente serán válidos los actos y contratos relativos a bienes inmuebles otorgados con arreglo a las formas y solemnidades del lugar en que estos radiquen.*

Si tales actos fueren otorgados a bordo de buques o aeronaves durante su navegación, se entenderán celebrados en el país de su abanderamiento, matrícula o

registro. Los navíos y las aeronaves militares se consideran como parte del territorio del Estado a que pertenezcan.

Por tanto, según el Código Civil, la validez del testamento desde la perspectiva formal dependerá del lugar en que se otorgue o de la ley personal del otorgante; pero esta norma solo será de aplicación para las situaciones internas, toda vez que para las internacionales debemos acudir al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias⁷³, conforme a cuyo artículo 1:

Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si esta se ajusta a la ley interna:

- a) del lugar donde el testador hizo la disposición, o*
- b) de una nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o*
- c) de un lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o*
- d) del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o*
- e) respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados.*

Es decir, que en supuestos internacionales el testamento será válido, desde la perspectiva formal, siempre que cumpla los requisitos establecidos en las leyes, de forma que nos encontramos en un supuesto de dualidad normativa.

7. LA NORMA DE CONFLICTO EN MATERIA DE NULIDAD, SEPARACIÓN O DIVORCIO

Por último, dentro del estatuto personal debe tenerse en cuenta que el artículo 107 del Código Civil establece que:

- 1. La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración.*
- 2. La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.*

Es decir, que respecto a la nulidad se deberá acudir a la ley que rigió la celebración, lo que se determinará conforme a los artículos 49, 50 y 59 del Código Civil.

Mayor complicación se produce respecto a la ley aplicable al divorcio; así, hay que tener en cuenta, en primer lugar, el Reglamento 1.259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, que prevé en su artículo 5 la siguiente norma de conflicto:

1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

- a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;*
- b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;*

- c) *la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o*
- d) *la ley del foro.*

A falta de elección conforme al artículo 8 el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

- a) *en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*
- b) *en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;*
- c) *de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*
- d) *ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.*

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que en materia de protección de hijos menores habrá de estarse a lo establecido en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de la infancia, que establece la *lex fori* como reguladora de estas obligaciones, salvo que sea mejor acudir al principio de proximidad.

En este caso, estamos ante un sistema unitario, aunque de escasa relevancia para nuestro análisis, en tanto estas cuestiones se encuentran en buena parte, fuera del ámbito de competencia de las Comunidades Autónomas⁷⁴, con lo que la existencia de conflictos internos es escasa, quizás con algunas excepciones en lo relativo a la custodia de los menores o los alimentos, cuestión en la que nos remitimos a lo dicho anteriormente.

8. ¿IDENTIDAD NORMATIVA MATIZADA (Y CADA DÍA MÁS)?

Una vez repasadas las diferentes normas de conflicto, se nos plantea la cuestión final: ¿es el sistema español de identidad normativa o de dualidad? La redacción literal del artículo 16.1 nos lleva a un sistema de identidad, que era el que pretendía el legislador⁷⁵, en tanto nos remite a las normas de Derecho internacional privado contenidas en el Código —prácticamente las únicas existentes en 1974— para la resolución de los conflictos internos.

Y es verdad que cuando el precepto entró en vigor así era, toda vez que si se producía conflicto de uno u otro ámbito la única norma de conflicto era la prevista en el Código Civil. Sin embargo, tal y como hemos constatado, dicha apreciación ha de matizarse, ya que no es la norma en materia de sucesiones o la aplicable en determinados supuestos de capacidad. Es más, puede que en unos años difiera igualmente la norma en materia matrimonial. Como dice E. ZABALO⁷⁶: *El tan proclamado principio de identidad de soluciones que quiso garantizar el 16.1 del Código Civil, se ve ha visto superado por la realidad de la regulación de las relaciones privadas internacionales, ante la imprecisión de una respuesta legislativa sobre las situaciones de interregionalidad...*

Empero, este camino hacia la dualidad se ha matizado en el verano de 2015 y nos enfrentamos, como ya hemos dicho, a una situación de *regreso (parcial) a la unidad sistémica*⁷⁷.

A la luz de lo expuesto, creo que cabe sostener fundadamente un principio de unidad matizada —más que de dualidad—, sin perjuicio de que según evolucione la firma de Tratados y la actividad legislatora de la Unión Europea en materia de Derecho Internacional Privado, esas diferencias vayan aumentando y avancemos hacia un sistema dualista. Todo ello salvo que el legislador competente —las Cortes Generales— acuerde, bien según hemos señalado como han hecho otros países, someter los conflictos internos a las normas convencionales o europeas que puedan sancionarse, bien como en determinados supuestos del artículo 9 del Código Civil imputar a este cuerpo legal las remisiones a los correspondientes tratados internacionales, de forma que se homogenice la norma de conflicto.

De lo que no ha lugar a dudas, es que el planteamiento del legislador de 1974 se ha quebrado y, en la actualidad, nos enfrentamos a severas dificultades para resolver por ejemplo cuestiones sucesorias con elemento internacional e interregional.

VI. CONCLUSIONES

I. La competencia exclusiva para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes —internos e internacionales— recae y está depositada, en exclusiva, en el Estado.

II. El Código Civil parte de un sistema de identidad normativa —con contadas salvedades— para la resolución de los conflictos internos e internacionales, lo que ha sido objeto de acertada crítica doctrinal.

III. En el momento de redactar estas líneas, cabe señalar que avanzamos hacia un sistema de dualidad, toda vez que en la actualidad el Derecho convencional y de la Unión Europea es la principal fuente de aprobación de normativa de conflicto.

IV. Recientemente y pese a la conclusión antecedente, lo cierto es que este sistema ha sido modulado y en cierto modo redireccionado mediante la incorporación en el artículo 9 del Código Civil a normas convencionales, con la consecuencia que el mismo punto de conexión rige en materia de conflictos internos e internacionales.

V. Sin embargo, este camino no sigue una línea uniforme y coherente, ya que en materia sucesoria se ha optado por un sistema de dualidad normativa; tendencia que parece se va a acentuar en un futuro inmediato cuando entren en vigor los Reglamentos europeos en cuanto a los efectos del matrimonio y las parejas de hecho registradas.

VI. En virtud de lo expuesto, no cabe sino repensar en su totalidad el sistema y optar por uno u otro sistema, pero de una manera consistente que proporcione suficiente seguridad jurídica y certeza en el Derecho aplicable en los supuestos de los conflictos a los que hemos hecho mención.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AMORES CONRADI, M. A.: Comentarios al artículo 9.1 del Código Civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce De León, Bercovitz, Salvador Coderch, (dirs.), *Comentario del Código Civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 76 a 79.
- BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*. Santander, 1993, 275.

- BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R., Comentario al artículo 16.1 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo I, Madrid, 1978, 517.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*. Bellaterra, 1984, 9.
- Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, 83.
- Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel. *Recueil des Cours*, La Haya, 1994. Vol. V, 186-191.
- CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*. Granada 2016, 16.^a ed. 2 Volúmenes. Vol. I., 62 y 63. Vol. II, 183.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granda 2014, 32.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J.: Comentario al artículo 16 del Código Civil, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil, I, Título Preliminar*, Barcelona, 2000, 419-436.
- GARAU JUANEDA, L.: La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español. *Bitácora Millennium DIPr.*, 2, 2015, 74.
- Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la Disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco. *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, 24-40.
- GLENN, H.P.: *Codification of Private International Law in Quebec*, *RabelsZ*, 1996, 231 y sigs.
- GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de Droit international privé dans le système étatique, E Pluribus Unum. *Liber amicorum Georges A. L. Droz. On the progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, 106.
- GRAVESON, R.: Problems of Private International Law in non-unified legal systems, *R. des C.*, 1974-1, t-141, 195-254.
- HERZOG, P.E.: Constitutional Limits on Choice of Law. *Recueil des Cours*, La Haya, 1992. Vol. III, 239-330.
- IRIARTE ÁNGEL, F. B.: La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos, *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 26, 2014, 389 y sigs.
- Norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho: derecho internacional privado e interregional. *Revista Moldovenească de Drept Internațional și Relații Internaționale*. Número (2) 36, Chișinău, junio de 2015, 40-54.
- La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales. *Actualidad Civil*. 6. Madrid, 2016, 30 a 43.
- IRIARTE ÁNGEL, J. L.: Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil, en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, 62.
- Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000). *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, junio de 2013, núm. 24, 177.
- Ámbito material y personal y normas conflictuales, en la obra colectiva. *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz 2016, 146.

- Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, núm. 761, 2017, 1501-1527.
- LASARTE ALVAREZ, C.: Artículos 143 a 158 de la Constitución Española de 1978, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo X, Alzaga Villamil (dir.), Edersa, 1999, 209-230.
- LIPSTEIN, K., SZASZY, I., *Interlocal Conflict of Laws, Int. Enc. Comp. Law. vol. III Private International Law*, LIPSTEIN, K. (ed.), cap. 10, 3-35.
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: El Reglamento de sucesiones y los conflictos de leyes internos, en la obra colectiva *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz 2016, 288.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*. Cizur Menor, 2009, 308 pp.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65, *Comentarios al Código Civil, Tomo IV, 3, artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.
- PINTO ANDRADE, C.: La dudosa constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco de custodia compartida 7/2015, en el blog *Jurisprudencia de Derecho de familia*, 7 de octubre de 2015.
- PLENDER, R. y WILDERSPIN, M.: *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Londres, 2001, 43 y 56-57.
- RUIZ FERREIRO, A.: Parejas de hecho y conflictos de Leyes internos. *Estudios de Deusto*. 2002, volumen 50/1, 141-172.
- SYMEONIDES, S.: Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Lousiane, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1992, 223 y sigs.
- VITTA, E.: *Diritto Internazionale Privato, I, Parte Generale*, Turín 1972, 71-163.
- *Interlocal Conflict of Laws, Int. Enc. Comp. Law. vol. III Private International Law*, LIPSTEIN, K. (ed.), cap. 9, 3-27.
- ZABALO ESCUDERO, M. E.: Comentario al artículo 16.1 del Código Civil, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo I, volumen 2, Madrid 1995, 1.267.
- Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias. *Bitácora Millennium DIPr.*, 3, Zaragoza 2016, 55.

VIII. JURISPRUDENCIA CONSIDERADA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

- 23 de marzo de 2013.
- 28 de abril de 2016.
- 3 de octubre de 2017 (auto).
- 16 de noviembre de 2017.

TRIBUNAL SUPREMO:

- 27 de noviembre de 1868.
- 16 de febrero de 1887.
- 28 de abril de 2014.

NOTAS

¹ Sobre la cuestión de los sistemas no unificados *vid.*, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: «El Reglamento de sucesiones y los conflictos de leyes internos, en la obra colectiva *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz 2016, 288. En cuanto a la doctrina extranjera, entre otros han tratado la cuestión VITTA, E.: en sus obras *Diritto Internazionale Privato, I, Parte Generale*, Turín 1972, 71—163 e *Interlocal Conflict of Laws, Int. Enc. Comp. Law. vol. III Private International Law*, LIPSTEIN, K. (ed.), cap. 9, 3-27; LIPSTEIN, K., SZASZY, I., *Interpersonal Conflict of Laws, Ibidem*, cap. 10, 3-35; SYMEONIDES, S.: Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Lousiane, *Rev. Crit. Dr. Int. Priv.*, 1992, 223 y sigs.; GLENN, H.P.: *Codification of Private International Law in Quebec, RebersZ*, 1996, 231 y sigs. En particular, el término sistemas legales no unificados (*non unified legal systems*) lo emplea, entre otros, GRAVESON, R.: en *Problems of Private International Law in non-unified legal systems*, R. des C., 1974-1, t-141, 195-254.

² El propio concepto de conflictos interregionales ha sido más que discutido y discutible, «en cuanto se trata de una denominación que parece pertenecer a una realidad ampliamente superada en los momentos actuales en España. No es por ello extraño que Garau proponga que sea «rebautizado con el nombre de derecho intercomunitario» (BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*. Bellaterra, 1984, 9). En síntesis, en el presente trabajo emplearemos genéricamente «conflictos internos», sin perjuicio de que en ciertos momentos acudamos al histórico término «derecho interregional». Coincidimos con la Profesora mencionada en que tampoco el término «intracomunitario» queda fuera de tales críticas, atendido que no todas las Comunidades Autónomas tienen derecho propio... por lo que nos abstendremos de emplearlo.

³ *Vid.*, GONZÁLEZ CAMPOS, J.D.: Efforts concertés d'unification et coexistence des règles de Droit international privé dans le système étatique, *E Pluribus Unum. Liber amicorum Georges A. L. Droz. On the progressive Unification of Private International Law*, The Hague, 1996, 106.

⁴ En concreto, sabido es que existe Derecho civil propio en Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares, a los que se añadimos el Fuero del Baylío —aplicable en determinadas zonas de Extremadura y Ceuta, de alcance limitado al régimen económico matrimonial— y costumbres, más o menos recopiladas o compiladas, no escritas, como el caso del Derecho foral asturiano. Además, no podemos olvidar que en algunos de estos territorios la aplicabilidad del ordenamiento no es uniforme, dadas particularidades locales; así, por ejemplo, sucede en el Valle de Ayala y en el País Vasco. En relación con otros territorios en los que se ha pretendido la actualización de Derechos civiles históricos que, más o menos habían caído en desuso, como por ejemplo Valencia, debemos recordar la sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de abril de 2016 (STC 82/2016, Boletín Oficial del Estado de 31 de mayo), sobre la Ley del régimen económico matrimonial que concreta la capacidad legislativa sobre Derecho civil de aquellas Comunidades Autónomas que no puedan probar al menos la vigencia de normas consuetudinarias en la materia; con ello parece que el mapa del Derecho foral o civil especial queda «congelado» o «fossilizado»; asimismo el pronunciamiento de la STC 133/2017, de 16 de noviembre (BOE núm. 308, de 20 de diciembre de 2017), por la que declara inconstitucionales y nulos el título II (arts. 27 a 41), relativo a la adopción, y el título III (arts. 42 a 45), relativo a la autotutela, de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. Con todo, *vid.*, también cómo el Pleno del TC acuerda levantar la suspensión que afectaba a determinados artículos de la Ley del Parlamento de Cataluña 3/2017, de 15 de febrero, del Libro Sexto del Código Civil catalán, relativo a las Obligaciones y Contratos (TC Auto n.º. 131/2017, de 3 de octubre). Dicha Ley 3/2017, regula, entre otros, los contratos de compraventa, permuta, masovería urbana, construcción futura, violario, alimentos y censo.

⁵ *Vid.*, IRIARTE ÁNGEL, F. B.: La norma de conflicto aplicable a las sucesiones después de la entrada en vigor del reglamento 650/2012. Aspectos internacionales e interregionales. *Actualidad Civil*. 6. Madrid, 2016, 30 a 43.

⁶ *Vid.*, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: *op. cit.*, 291. También BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel. *Recueil des Cours*, La Haya, 1994. Vol. V, 186-191.

⁷ Vid., AMORES CONRADI, M. A.: Comentarios al artículo 9.1 del Código Civil, Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (dirs.), *Comentario del Código Civil, Tomo I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 76 a 79; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.; Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65, *Comentarios al Código Civil, Tomo IV, 3, Artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil*, Madrid, Edersa, 2005.

⁸ Y no tanto por una cuestión técnica o metodológica, sino, posiblemente, por el azar legislativo, ya que tal y como tendremos ocasión de constatar, nos será difícil establecer reglas generales que nos permitan interpretar la intención del legislador.

⁹ Vid., por todos, LASARTE ALVAREZ, C.: Artículos 143 a 158 de la Constitución Española de 1978, *Comentarios a la Constitución Española de 1978 Tomo X*, Alzaga Villamil (dir.), Edersa, 1999, 209-230. Adicionalmente, en las siguientes notas se amplía la doctrina especializada.

¹⁰ ZABALO ESCUDERO, M. E.: Conflictos de leyes internos e internacionales: conexiones y divergencias. *Bitácora Millennium DIPr.*, 3, Zaragoza 2016, 55.

¹¹ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente, en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, 83.

¹² Es sorprendente el uso de «Comunidad histórica» en relación con las dotadas de Derecho civil propio, pues habitualmente se refiere a los territorios que en el pasado hubiesen plebiscitado afirmativamente proyectos de autonomía de conformidad a la disposición transitoria segunda de la Constitución, y ello con independencia de que tuviesen o no su propio Derecho civil. Por ello en el presente trabajo emplearemos «territorios forales o con Derecho civil propio», por ser el término habitualmente utilizado.

¹³ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío...*, 13.

¹⁴ IRIARTE ÁNGEL, J. L.: Parejas de hecho, constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la sentencia del tribunal Constitucional de 23 de abril de 2013 (recurso de inconstitucionalidad 5297-2000). *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, junio de 2013, núm. 24, 177.

¹⁵ Pleno. Sentencia 93/2013, de 23 de abril de 2013. Recurso de inconstitucionalidad 5297-2000. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Popular del Congreso en relación con la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Competencias sobre legislación civil, principio de seguridad jurídica, derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad personal y familiar, protección de la familia: nulidad de diversos preceptos legales autonómicos. Votos particulares (BOE del 23 de mayo de 2013).

¹⁶ Discusiones doctrinales de tal calado que llevaron a profesores de la talla de GONZÁLEZ CAMPOS a variar sus tesis a lo largo del tiempo.

¹⁷ Cuestión distinta, y aún no resuelta por el Tribunal Constitucional, es la de las normas para la resolución de los conflictos que se puedan producir dentro de un mismo territorio foral, es decir, conflictos interlocales; sobre este problema es sobre el que se pronunció el Dictamen del Consejo de Estado, de 27 de mayo de 1993 en el expediente 1.4537/92 relativo a la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del Derecho Civil Foral del País Vasco que reputaba el artículo 94 de la misma como *claramente una norma de conflicto* si bien... *cabe admitir una interpretación constitucional de la misma, considerando que su aplicación se ha de producir dentro de la propia vecindad civil foral, es decir, no sería una norma de resolución de los conflictos interregionales, sino de los propios conflictos que pudieran suscitarse por la diversidad de regímenes jurídicos civiles existentes en el País Vasco. Desde ese punto de vista, no se aprecian fundamentos jurídicos suficientes para mantener el recurso de inconstitucionalidad.* Para J. L. IRIARTE («Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil» en la obra colectiva *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco*, Bilbao, 1999, 62): *La idea fundamental que inspira al Consejo de Estado es que las referidas normas resultan necesarias para la aplicación del propio Derecho Foral y presuponen el régimen general común. En este sentido, como presupuesto de la aplicación del propio Derecho Foral, la competencia al respecto de las Comunidades Autónomas se justificaría en la competencia, que según el artículo 149.1.8.º de la Constitución, tienen para la conservación de su Derecho.* En

todo caso, como decíamos, se trata de una cuestión, la de los conflictos intralocales, sobre la que no se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, con los problemas que ello supone.

¹⁸ IRIARTE ÁNGEL, J. L.: «Parámetros...», *op. cit.*, 43. Sin embargo, esta autonomía de las unidades infraestatales ha sido modulada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos, exigiendo una vinculación suficiente para que sea aplicable el derecho de uno de los Estados federados (HERZOG, P.E.: *Constitutional Limits on Choice of Law. Recueil des Cours*, La Haya, 1992. Vol. III, 239-330).

¹⁹ *Vid.*, MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: *op. cit.*, 292.

²⁰ IRIARTE ÁNGEL, J. L.: Conflictos internacionales e interregionales de leyes en relación con el Derecho civil foral de Navarra: cuestiones sucesorias. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, núm. 761, 2017, 1501-1527.

²¹ ZABALO ESCUDERO, M. E.: Conflictos de leyes..., 62. Por ejemplo, reparemos en el artículo 38 del Reglamento (UE) 650/2012.

²² GARAU JUANEDA, L., Un paso más en la errática determinación del ámbito de aplicación de las normas autonómicas en materia de parejas de hecho: la disposición adicional segunda de la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco. *Bitácora Millennium DIPr.*, núm. 6, 2017, 24-40.

²³ ZABALO ESCUDERO, M. E.: *op. y loc. cit.*

²⁴ Conforme al artículo 149.1.3.^a el Estado tiene competencia exclusiva en materia de Relaciones internacionales, por lo que las Comunidades Autónomas no pueden concluir tratados internacionales; por tanto toda la normativa conflictual de origen convencional será aprobada, o más bien, objeto de adhesión y/o ratificación por el Gobierno del Estado y/o las Cortes Generales. Téngase en cuenta las consecuencias de la aplicación del artículo 155 de la CE y el Real Decreto 945/2017, de 27 de octubre, por el que se dispone, en virtud de las medidas autorizadas con fecha 27 de octubre de 2017 por el Pleno del Senado respecto de la Generalitat de Cataluña en aplicación del artículo 155 de la Constitución, la adopción de diversas medidas respecto de la organización de la Generalitat de Cataluña, y el cese de distintos altos cargos de la Generalitat de Cataluña.

²⁵ Aunque es poco probable, o prácticamente descartable, no es imposible que un eventual futuro Reglamento en materia de norma de conflicto fuese directamente aplicable a los conflictos internos, pues nada lo prohíbe, sin perjuicio de los problemas de subsidiariedad que pudiera plantear.

²⁶ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Calificación, reenvío...*, 15.

²⁷ IRIARTE ÁNGEL, J. L.: Ámbito material y personal y normas conflictuales, en la obra colectiva *El Derecho civil vasco del siglo XXI. De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*. Vitoria-Gasteiz 2016, 146.

²⁸ BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *Calificación, reenvío...*, 15.

²⁹ ZABALO ESCUDERO, M. E.: Comentario al artículo 16.1 del Código Civil, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo I, volumen 2, Madrid 1995, 1267.

³⁰ BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R. Comentario al artículo 16.1 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo I, Madrid, 1978, 517.

³¹ ZABALO ESCUDERO, M. E., Conflictos de leyes..., 64.

³² IRIARTE ÁNGEL, J. L., Ámbito material..., 148.

³³ ZABALO ESCUDERO, M. E., Comentario al artículo 16.1..., 1267.

³⁴ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., Les ordres..., 251.

³⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., Les ordres..., 253.

³⁶ Lo que lleva a situaciones absolutamente ajenas a nuestro sistema, como que el *Principio de relatividad de soluciones* del Derecho internacional privado afecte igualmente al Derecho interregional. Los problemas que ello supone se explican por sí mismos.

³⁷ BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *op. cit.*, tomo I, 515.

³⁸ BARÓ PAZOS, J.: *La Codificación del Derecho Civil En España (1808-1889)*. Santander, 1993, 275.

³⁹ *JC*, Vol. 18, núm. 307, 536 y sigs. En el mismo sentido, la sentencia, de 16 de febrero de 1887, *JC*, Vol. 61, núm. 56, 275 y sigs.

⁴⁰ DELGADO ECHEVERRÍA, J., Comentario al artículo 16 del Código Civil, en la obra colectiva *Comentarios al Código Civil, I, Título Preliminar*, Barcelona, 2000, 419-436.

⁴¹ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*. 2 Volúmenes. Vol. I. Granada 2016, 16.^a ed., 62.

⁴² GARAU JUANEDA, L.: La integración del Reglamento Europeo en materia sucesoria en el Derecho interregional español. *Bitácora Millennium DIPr.*, 2, 2015, 74.

⁴³ ZABALO ESCUDERO, M. E.: Conflictos de leyes..., 64. En la nota a pie de página incorpora abundante bibliografía sobre la cuestión.

⁴⁴ MAGALLÓN ELÓSEGUI, N.: *op. cit.*, 294.

⁴⁵ O a cualquier otra norma interna según J. DELGADO, y no solo al Capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil.

⁴⁶ ZABALO ESCUDERO, M. E.: Conflictos de leyes..., 65.

⁴⁷ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.* Vol. I, 63.

⁴⁸ Esta reforma iría en línea con los más recientes caminos del Derecho internacional privado, que en muchos países está pasando de un sistema de nacionalidad (o vecindad civil) bastante rígido y, probablemente anticuado, a uno de residencia habitual, mucho más flexible y próximo al supuesto de hecho. La principal desventaja del sistema basado en la residencia habitual es su indefinición, frente a criterios mucho más firmes y evidentes, como la nacionalidad.

⁴⁹ Así, mediante la sección 2(3) *The Contracts (Applicable Law) Act 1990* extendió la aplicación del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, a los conflictos internos (hoy Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Sobre los efectos de esta extensión *vid.*, PLENDER, R. y WILDERSPIN, M.: *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. Londres, 2001, 43 y 56-57.

⁵⁰ Diario Oficial de la Unión Europea de 8 de julio de 2016 (L-183/1).

⁵¹ Lo que permitiría *prima facie* incluso acogerse a la Ley de un lugar que no tenga ninguna relación con la pareja una vez casados: pensemos en el supuesto de optar por la Ley del lugar en el que reside uno de los futuros contrayentes y que, una vez celebrado el matrimonio residen en el lugar en el que residía el otro, o incluso, en un tercer país.

⁵² Pensemos en el matrimonio entre sueco residente en Cataluña y española con vecindad civil navarra; la norma conflictual interna (9.2 del Código Civil) no aporta solución, en tanto el ciudadano sueco no está propiamente avecindado en ningún territorio.

⁵³ Sobre la cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho puede verse IRIARTE ÁNGEL, F. B.: Norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho: derecho internacional privado e interregional. *Revista Moldoveneasc de Drept Internaional i Relaii Internaionale*. Número (2) 36, Chiinu, junio de 2015, 40-54 y RUIZ FERREIRO, A.: Parejas de hecho y conflictos de Leyes internos. *Estudios de Deusto*. 2002, volumen 50/1, 141-172.

⁵⁴ Resolución de 10 de mayo de 2017 (BOE 29 de mayo de 2017).

⁵⁵ www.ciec1.org

⁵⁶ El artículo 19.1 del Convenio establece que entrará en vigor el primer día del cuarto mes siguiente al mes de depósito de su segundo instrumento de ratificación; de acuerdo con la antes citada web, ha sido firmado por España y Portugal y solo ratificado por nuestro país. Adicionalmente, debemos destacar que la ratificación se encuentra publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, pero no en el del Estado, requisito fundamental para su vigencia en España de acuerdo con lo establecido en el artículo 96.1 de la Constitución.

⁵⁷ En relación con estas normas de extensión debemos recordar la citada STC 93/2013, de 23 de abril, relativa a la Ley navarra de parejas de hecho, que implica que por extensión todas ellas —no solo la navarra— sean contrarias a la Constitución, sin perjuicio de que sean de aplicación en tanto no sean formalmente enjuiciadas por el TC.

⁵⁸ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *op. cit.*, Vol. II, 183. En otros casos se ha propuesto como solución acudir a las reglas aplicables al régimen económico matrimonial.

⁵⁹ Este criterio sigue, por ejemplo, el Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 2007.

⁶⁰ Aunque determinados registros, como el alemán, no exigen vinculación alguna de la pareja con el país.

⁶¹ Diario Oficial de la Unión Europea, de 8 de julio de 2016 (L-183/30).

⁶² GARAU JUANEDA, L., (2017) Un paso más..., 39.

⁶³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., (2014) *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*. Granda 2014, 32.

⁶⁴ Sobre la cuestión ver BADIOLA URRUTIA, A.M. e IRIARTE ÁNGEL, F.B.: La espinosa cuestión de la norma de conflicto aplicable a las parejas de hecho registradas y los conflictos internos: una visión desde el País Vasco. *Bitácora Millenium DIPr*. Número 7. Zaragoza, marzo de 2018. Páginas 1 a 19.

⁶⁵ En algunas de las cuestiones que trataremos en este apartado es complejo que se produzcan conflictos internos de leyes, pues se trata de materias en las que únicamente es competente el Estado; sin embargo las trataremos, tanto para estudiar la cuestión desde una perspectiva teórica, como por el eventual surgimiento de normativas autonómicas sobre cuestiones en las que la capacidad normativa de las Comunidades Autónomas pueda ser discutible, como por ejemplo la custodia de los menores. Sobre la cuestión puede verse PINTO ANDRADE, C.: La dudosa constitucionalidad de la Ley del Parlamento Vasco de custodia compartida 7/2015, en el blog *Jurisprudencia de Derecho de familia*, 7 de octubre de 2015.

⁶⁶ Aunque regula diversas normas de conflicto, que aquí no es posible tratar, con carácter general se remite a la Ley del lugar en que el menor tiene su residencia habitual, matizada en algunos puntos por el principio de proximidad.

⁶⁷ La transferencia a las Comunidades Autónomas de la gestión de la adopción, unida a la profunda administrativización del procedimiento, ha llevado a que en las adopciones nacionales sea más importante la normativa que regula a la Administración pública que verifica el proceso que la eventual ley civil sustantiva sobre la adopción.

⁶⁸ En tanto España no ha ratificado de momento el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos; el Convenio se inclina por la *lex fori* para la protección de adultos, a salvo del principio de proximidad. Para profundizar en la cuestión es recomendable acudir a MUÑOZ FERNÁNDEZ, A.: *La protección del adulto en el derecho internacional privado*. Cizur Menor, 2009, 308 pp.

⁶⁹ Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de julio de 2012 (L-201/132).

⁷⁰ El Reglamento sí regula en sus artículos 36 y 37 los supuestos en los que la solución del conflicto internacional nos lleva a un Estado con más de un sistema jurídico, cuestión sobre la que puede verse IRIARTE ÁNGEL, F.B.: La norma..., *op. cit.*, 37.

⁷¹ Sobre la problemática de este precepto puede verse IRIARTE ÁNGEL, F.B.: La unidad de la sucesión después de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014; efectos en los conflictos internos, *Jado. Boletín de la Academia Vasca de Derecho*, núm. 26, 2014, 389 y sigs.

⁷² Y aquí, a diferencia de lo ocurrido para los apartados 4, 5 y 7 del artículo 9, no se ha optado por incorporar al Código la remisión a la normativa europea.

⁷³ En virtud de lo establecido en el artículo 75 del Reglamento 650/2012.

⁷⁴ En ninguno de los territorios forales existía una regulación de las crisis matrimoniales, básicamente porque hasta la entrada en vigor de la Constitución —con la salvedad de un periodo durante la II República—, todo lo relativo estaba regulado por el Derecho canónico, al menos para la inmensa mayoría de la población.

⁷⁵ *Efectivamente la intención del legislador en 1974 quedaba explícita en la Ley de Bases para la reforma del Título Preliminar de 1973, en cuya base séptima, en relación con los conflictos de leyes que pudiera producir la coexistencia de distintas legislaciones civiles, se optaba por la aplicación de «criterios análogos de los establecidos en el ámbito internacional. ZABALO ESCUDERO, M. E.: Conflictos de leyes..., 64.*

⁷⁶ ZABALO ESCUDERO, M.E.: Conflictos de leyes..., 64.

⁷⁷ *Vid.* Nota 45.

1.5. Obligaciones y contratos

Novación, transacción y renuncia en los préstamos hipotecarios

Novation, transaction and waiver in the mortgage loans

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO
*Profesora Adjunta de Derecho civil. Doctora en Derecho
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)*

RESUMEN: En los últimos años se han ido sucediendo las resoluciones judiciales en relación con las cláusulas abusivas, y particularmente sobre las cláusulas suelo. Uno de los últimos capítulos en esta historia ha sido la STS de 11 de abril de 2018 en relación con el documento privado novatorio de la cláusula suelo incluyendo una renuncia general de acciones por parte de los prestatarios. En esta sentencia, el Tribunal Supremo se aparta de la doctrina iniciada en relación con estos acuerdos privados en la STS de 16 de octubre de 2017.

ABSTRACT: *In the last few years have been following one after another the judgments in relation to abusive clauses, and particularly to floor clauses. One of the last chapters in this story has been the STS 11 April 2018 in connection with the novatory private document of the floor clause including a general waiver of actions by the borrowers. In this resolution, the Supreme Court deviates from the doctrine initiated in relation to these private agreements in the STS 16 October 2017.*

PALABRAS CLAVE: Cláusula suelo. Consumidor. Novación. Préstamo. Renuncia. Transacción.

KEY WORDS: *Floor clause. Consumer. Novation. Loan. Waiver. Transaction.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. LAS SSTS DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018: SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS PRINCIPALES: 1. LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2017. 2. LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018.—III. NOVACIÓN, TRANSACCIÓN Y RENUNCIA: 1. NOTAS GENERALES. 2. SUPUESTO ENJUICADO EN LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018.—IV. CONTROL DE VALIDEZ Y TRANSPARENCIA DEL CONTRATO NOVATORIO O TRANSACCIONAL.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Ya son varios los años en los que diversas prácticas bancarias han sido el foco de atención de demandas, resoluciones jurisprudenciales en España y del

TJUE y opiniones doctrinales: *swaps*, preferentes, cláusulas intereses remuneratorios y moratorios, cláusula suelo, vencimiento anticipado, hipotecas multidivisa, índice IRPH...

Sin duda, las cláusulas suelo son las que más desarrollo y estudio jurisprudencial y doctrinal han motivado, por el largo tiempo durante el que la controversia se ha ido desarrollando y sobre todo por la construcción y configuración a partir de su tratamiento judicial de un nuevo control de transparencia, que se ha convertido en el pilar central del análisis de las cláusulas contractuales en el marco de la protección de los consumidores.

Un paso más en el conflicto enmarcado en torno a las cláusulas suelo viene concretado por los acuerdos entre entidades bancarias y clientes prestatarios con cláusula suelo en sus préstamos y que tras la STS de 9 de mayo de 2013 fueron realizados eliminando esa cláusula suelo o reduciendo su tipo porcentual y muchas veces además incorporando una renuncia a la reclamación por nulidad de la cláusula suelo y a las cantidades pagadas en exceso por intereses en virtud de la aplicación de esa cláusula. Y sobre esta cuestión y la validez de esos acuerdos se ha pronunciado recientemente el Tribunal Supremo en la sentencia del Pleno núm. 205/2018, de 11 de abril, que cuenta con un voto particular del Magdo. Sr. ORDUÑA MORENO. Esta resolución por su parte contiene una doctrina que se aparta de la contenida en una sentencia anterior de nuestro Alto Tribunal sobre un asunto similar (STS núm. 558/2017, de 16 de octubre¹), si bien las diferencias de trato vienen justificadas por el Tribunal Supremo, conforme indica en la sentencia de 11 de abril de 2018, en la naturaleza y calificación del acuerdo controvertido: mientras que en el caso de la sentencia de octubre de 2017 se trataba de una novación, en el de la sentencia de abril de 2018 se trata de una transacción.

Las críticas a esta última resolución han sido casi inmediatas y muy generalizadas², tanto a nivel doctrinal como en el seno de los tribunales: no solo está el voto particular en la propia STS de 11 de abril de 2018, sino que con posterioridad a esta resolución han sido varias las resoluciones dictadas en juzgados y tribunales de primera y segunda instancia que no han seguido esta doctrina del Pleno, sino que atienden a lo previsto en el voto particular o bien a lo anteriormente indicado en la STS de 16 de octubre de 2017: entre otras, SJPI núm. 4.º Burgos de 17 de abril de 2018, SJPI núm. 3 Albacete de 19 de abril de 2018 y SAP Badajoz de 26 de abril de 2018. Ante esta situación, cabe vaticinar que en breve surgirán y se plantearán cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con esta materia.

II. LAS SSTs DE 16 DE OCTUBRE DE 2017 Y DE 11 DE ABRIL DE 2018: SUPUESTOS DE HECHO Y FUNDAMENTOS PRINCIPALES

1. LA STS DE 16 DE OCTUBRE DE 2017

En este caso, los demandantes tenían suscrito desde febrero de 2009 un préstamo hipotecario con una previsión de cláusula suelo de un 3%, pero la entidad bancaria no les había informado de ello ni había entregado oferta vinculante previa con las condiciones del préstamo. Formularon queja los clientes y posterior comunicación en noviembre de 2009 a la entidad al respecto, protestando por la existencia de esa cláusula suelo y exigiendo que se redujera el suelo al 2,5% por ser lo que se fijaba en los préstamos hechos al resto de vecinos de la misma

promoción de viviendas que ellos adquirieron con ese préstamo hipotecario. Se accedió a la reducción por la entidad, pero solo se aplicó en 2010 y 2011, volviendo en 2012 la entidad bancaria a aplicar el suelo del 3%.

Es en junio de 2013 cuando los prestatarios demandaron a la entidad bancaria interesando la declaración de nulidad de la cláusula suelo y la devolución de las cantidades pagadas de más por intereses al aplicarse esa cláusula. Subsidiariamente, interesaban que se aplicara el suelo del 2,5%.

El Juzgado de primera instancia, partiendo del incumplimiento por la entidad bancaria de la obligación de información sobre las condiciones del contrato y esta cláusula en concreto, desestimó la pretensión principal por considerar que nos encontramos ante una situación de anulabilidad del contrato por error vicio de consentimiento y al haberse negociado un nuevo suelo del 2,5% los propios demandantes sanaron el vicio inicial e hicieron válida la cláusula (art. 1208 del Código Civil).

Presentado recurso de apelación por los prestatarios, fue desestimado por cuestiones procesales, planteándose posteriormente recurso ante el Tribunal Supremo que se resuelve por STS de 16 de octubre de 2017, de la que podemos extraer los siguientes argumentos principales:

- La falta de transparencia de la cláusula suelo determina su carácter abusivo, y, en consecuencia, no la anulabilidad, sino la nulidad absoluta de la referida cláusula. Y esa nulidad puede y debe ser apreciada de oficio por los jueces.
- Siendo nula de pleno derecho tal cláusula, y apreciable de oficio, el consumidor no puede quedar afectado por ella, ni puede ser objeto de convalidación o subsanación (cfr. art. 1208 del Código Civil). Pero en todo caso, en el supuesto objeto de esta sentencia, no puede apreciarse la existencia de voluntad inequívoca de los prestatarios de convalidar o confirmar el contrato. Se trata solamente, según se señala en esta STS de 16 de octubre de 2017, «de una solicitud dirigida a reducir en lo posible las consecuencias negativas que la cláusula cuestionada tenía para los prestatarios, que no les impide posteriormente solicitar la declaración de nulidad absoluta de tal cláusula y la restitución de lo que el banco ha percibido indebidamente por su aplicación» (F.J. sexto, apartado 9).

2. LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018

En este caso, los demandantes suscribieron en 2007 dos préstamos en los que se incluía una cláusula suelo de 4,25% y 4,50%. Pero posteriormente en enero de 2014 firmaron sendos contratos privados denominados como de «novación modificativa» por los que, sujetándose a la Ley 2/1994, se modificaban los préstamos indicados y concretamente esa cláusula suelo, reduciéndola al 2,25%, y recogiendo además una estipulación tercera con el siguiente tenor: «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra parte que traiga causa de su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Además, se incluye en los documentos una transcripción a mano de los prestatarios, y su firma, de este texto: «Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual».

Posteriormente presentaron demanda interesando la nulidad por falta de transparencia de esa cláusula suelo incluida tanto en las primeras escrituras como en los posteriores contratos privados, además de la restitución de las cantidades pagadas de más por la aplicación de la referida cláusula suelo.

En primera instancia se estimó la demanda y declaró la nulidad de la cláusula suelo por apreciar falta de transparencia y entendiendo el acuerdo privado como una novación del contrato de préstamo. Presentado recurso de apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la nulidad por falta de transparencia de las cláusulas suelo y la ineficacia de las cláusulas modificativas de ese suelo y de renuncia de acciones advirtiendo de la imposibilidad de convalidar la cláusula nula, pese a su sustitución por otra más favorable o la renuncia a acciones.

Presentado recurso de casación por la entidad bancaria el Tribunal Supremo en esta STS de 11 de abril de 2018 lo estima con base en los siguientes argumentos principales:

- a) Los acuerdos privados de enero de 2014 no son meras novaciones sino transacciones, cuya causa reside en el ánimo de evitar la controversia judicial sobre la validez de las cláusulas suelo y sus efectos, tras haberse dictado la STS de 9 de mayo de 2013.
- b) Se diferencia este supuesto del caso de la STS de 16 de octubre de 2017 en que en esta última no se apreció la voluntad de realizar concesiones recíprocas para evitar el pleito, de modo que no podía considerarse como transacción.
- c) Cabe la transacción porque es una materia disponible y la imperatividad de las normas no impide tal posibilidad, siempre que se respete el ordenamiento jurídico. Ello determina que también a ese acuerdo transaccional se le aplique el control de transparencia, dado que se trata de unas cláusulas predisuestas por la entidad bancaria. Y el Tribunal Supremo estima que se acredita el cumplimiento de los deberes de transparencia en cuanto que en el momento de celebrarse ya era notoriamente conocida la existencia de las cláusulas suelo, su incidencia en los intereses y que podían ser nulas, pero los demandantes prestatarios aceptaron la propuesta del banco de reducir la cláusula suelo y renunciar a futuras reclamaciones. Y «aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula [de declaración de ser consciente y entender en qué consiste esa cláusula suelo] equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».
- d) Las partes se encuentran vinculadas por lo transigido (efecto vinculante que no debe confundirse con un efecto de cosa juzgada).

En esta sentencia del Pleno de la Sala Primera, no obstante, se emite un voto particular que se fundamenta en razón a una discrepancia sobre la calificación del contrato en sede casacional, los hechos probados y la literalidad de los documentos controvertidos, el carácter predisuesto de las cláusulas, las propias cláusulas, la abusividad y la transparencia en el marco de las cláusulas suelo y el orden público comunitario. Se advierte de que:

- i) Está acreditado en ambas instancias el carácter predisuesto de los acuerdos privados (pese a lo previsto en el exponendo quinto de los documentos de

que se suscribían por deseo de la parte prestataria), sin que hubiera negociación, por lo que resulta plenamente aplicable la Directiva 93/13/CEE.

ii) Cabe apreciar incumplimiento por la entidad de ese plus informativo sobre el alcance del contenido de esos acuerdos privados y por tanto de falta de transparencia, y, en consecuencia, abusividad y nulidad de pleno derecho; lo que emitió la entidad bancaria fue una oferta engañosa con el fin de afectar al comportamiento de los prestatarios en relación con la situación controvertida existente sobre esta materia a raíz de la STS de 9 de mayo de 2013, de cuyos efectos y trascendencia sí que cabe afirmar era consciente la entidad, mientras que a un consumidor medio no se le puede presuponer ni exigir un conocimiento propio de la situación que aun estaba sujeta a distintos «vaivenes jurisprudenciales impredecibles».

iii) Por otro lado, no procedía en sede casacional variar la calificación de los documentos como novación efectuada por las dos anteriores instancias judiciales, no habiéndose acreditado que fuera una calificación ilógica o arbitraria o contraria al Derecho. Además, el carácter novatorio se deriva del propio contenido de los documentos, mientras que no se advierte de la existencia de una litigiosidad previa que justifique la transacción para evitar un pleito. Asimismo, la calificación como transacción resulta improcedente pues vulnera la regla de interpretación «contra proferentem».

iv) Habiéndose confirmado la calificación como abusiva de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos, no puede entenderse sanada o convalidada su nulidad por los acuerdos posteriores; y ello con base en el carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE y por la doctrina del Tribunal Supremo (sentencias de 19 de noviembre de 2015 y de 16 de octubre de 2017). El régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se «extiende» también a aquellos actos o negocios que traigan causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de «moderar», «integrar» o «convalidar» la ineficacia resultante.

v) La renuncia de acciones contenida en los acuerdos privados no puede vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, concretado en este caso en el control judicial de oficio de las cláusulas suelo.

III. NOVACIÓN, TRANSACCIÓN Y RENUNCIA

1. NOTAS GENERALES

Una novación supone una modificación de una relación obligatoria o su extinción (en este caso sería novación extintiva). La novación modificativa puede afectar a los sujetos (novación subjetiva) o al objeto (novación objetiva) de esa relación o contrato. Viene fundamentado por el principio de la autonomía de la voluntad privada (art. 1255 del Código Civil) y la intención de las partes de voluntariamente alterar algún elemento de su relación o extinguirla. En el ámbito de los préstamos hipotecarios existe una norma específica reguladora de la novación que es la Ley 2/1994, de 30 de marzo, que en su artículo 4.2 dispone: «Cuando el prestamista sea una de las entidades a que se refiere el artículo 1 de esta Ley, las escrituras públicas de modificación de préstamos hipotecarios podrán referirse a una o varias de las circunstancias siguientes: i) la ampliación o reducción de capital; ii) la alteración del plazo; iii) las condiciones del tipo de interés inicialmente pactado o vigente; iv) el método o sistema de amortización

y cualesquiera otras condiciones financieras del préstamo; v) la prestación o modificación de las garantías personales». Además cabe tener en cuenta en orden a la validez de la cláusula nueva lo señalado en el artículo 1208 del Código Civil: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen».

La transacción por su parte es un acuerdo negociado por las partes en orden a tratar de poner fin a una controversia existente entre las partes y evitar el pleito judicial (art. 1809 del Código Civil), con la intención de ambas partes de que una situación dudosa se convierta en otra cierta y clara, con recíprocas concesiones entre las partes (que no tienen porqué ser paritarias o iguales) y viéndose estas vinculadas a lo transigido y a esa nueva relación cierta (entre otras, STS de 30 de noviembre de 2009). Realmente se basa en el principio de libertad y autonomía contractual del artículo 1255 del Código Civil, exigiéndose una previa situación litigiosa, que el objeto de la transacción sea disponible y que no se vulnere el orden público. Como tal una norma imperativa reguladora de una materia no determina *per se* que esa materia sea indisponible: lo que habrá que atender es que la transacción no vulnere esa norma imperativa en cuanto resulte aplicable ni tampoco el orden público, que es uno de los límites legales a la autonomía de la voluntad.

El concepto de orden público no coincide con el de norma imperativa (entre otras, SSTs de 26 de septiembre de 2006 y de 7 de julio de 2006). El orden público es un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el caso concreto, pero que en general podemos afirmar que viene referido a la atención a unos intereses generales, unos principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico y a los derechos fundamentales reconocidos por nuestro ordenamiento; son principios estructurales, fundamentales, que inspiran y protegen a las personas, la sociedad y un orden económico, social y jurídico a los que se refieren esos principios; por su carácter fundamental es por lo que formalmente se configuran como normas imperativas.

Pero podemos ampliar este concepto también al ámbito del ordenamiento comunitario europeo y hablar de un orden público comunitario³ configurado por los principios y derechos reconocidos y presentes en el ordenamiento jurídico comunitario; y concretamente en el ámbito de la protección de los consumidores, el TJUE en sus sentencias de 21 de diciembre de 2016 y de 26 de enero de 2017 advirtió del carácter imperativo como norma de orden público de la Directiva 93/13/CEE, particularmente su artículo 6.1 («Los Estados miembro establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si este puede subsistir sin las cláusulas abusivas»)⁴.

En este marco, un principio y derecho fundamental que cabe entender comprendido en ese concepto de orden público, por lo que a la materia de este trabajo interesa, puede señalarse el artículo 24 de la Constitución Española (CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva, además del principio general de la buena fe (especialmente relevante en el marco de los contratos), y las normas nacionales y comunitarias (y su interpretación jurisprudencial) relativas a la protección de los consumidores en relación con las cláusulas abusivas (incluida la exigencia de transparencia en los contratos).

Transacción y novación como tal no son figuras excluyentes entre sí. Puede haber transacción sin novación y novación no transaccional; pero también en

una transacción puede existir a su vez una novación modificativa de un contrato previo porque así lo hayan acordado las partes en el marco de esa transacción (cfr. SSTS de 10 de julio de 2002 y de 21 de febrero de 2015).

Por lo que se refiere a la renuncia, esta figura jurídica supone un acto unilateral de un sujeto por el que voluntariamente decide abandonar un derecho que tiene reconocido (no caben renunciaciones anticipadas a derechos futuros); hace dejación del mismo sin transmitírselo a nadie. Una renuncia también puede afectar, más concretamente, a las acciones que se derivan de un derecho del sujeto renunciante. Como tal, puede afirmarse que se trata de un acto de disposición del derecho por su titular, y por ello este tiene que tener capacidad para ello y poder de disposición reconocido al respecto.

La renuncia como he indicado es un acto voluntario y se exige que esa voluntad sea manifestada de forma clara e inequívoca; además es preciso para que sea válida y tenga efectos que esa renuncia no implique perjuicios para terceros ni sea contraria al interés u orden público (art. 6.2 del Código Civil). Y en relación con esto último, es preciso advertir que también es necesario que el derecho o las acciones a que se renuncian sean efectivamente renunciables. Nuestro ordenamiento jurídico prevé a este respecto algunos casos de irrenunciabilidad de derechos: así, entre otros, artículos 151, 652, 653, 806 y 1102 del Código Civil; artículo 3 LO 1/1982, de 5 mayo, de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y artículo 10 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (TRLUCU: «La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil»).

2. SUPUESTO ENJUICIADO EN LA STS DE 11 DE ABRIL DE 2018

En el caso objeto de enjuiciamiento por la STS de 11 de abril de 2018, a la vista del contenido de los contratos privados firmados por las partes que se recoge al completo en el voto particular, cabe advertir que en el mismo se contiene una novación de parte de los contratos de préstamo en relación con la cláusula suelo, que se ve reducida en su tipo porcentual; y, además, se recoge una renuncia a acciones, pero no solo que puedan derivar de esa cláusula suelo, sino en relación con todo el clausulado del contrato.

Efectivamente, en el propio título del contrato se acoge la denominación de que se trata de una «novación modificativa»; además en la estipulación quinta se señala expresamente que las partes hacen constar que el documento se trata de una novación sujeta a la Ley 2/1994, «al convenirse una mejora del tipo de interés». Realmente novación existe, sin duda, por cuanto hay un cambio en la cláusula suelo, reduciéndose su tipo porcentual con respecto al inicialmente señalado en los préstamos; el resto de clausulado y condiciones financieras se mantiene como se preveía inicialmente, sin variación ninguna, advirtiéndose expresamente que seguirán en vigor a todos los efectos (estipulación segunda).

También es clara la existencia formal de una renuncia de acciones; los términos en que se recoge en la estipulación tercera son claros en tal sentido: «las partes ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y clausulado, así

como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen». Cláusula de renuncia expresa es, pero cabe poner en duda, como después incidiré, que realmente sea voluntaria y consciente por parte de los prestatarios en cuanto a su verdadero alcance, y el que no contravenga el orden público concretado en el derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios, todo ello teniendo en cuenta además que se acreditó que fue una cláusula predispuesta por la entidad bancaria.

En cuanto a la existencia de transacción como insiste y califica el Tribunal Supremo en esta sentencia de 11 de abril de 2018, pues realmente no creo que haya datos suficientes para considerarlo así; en todo caso, que se califique o no como transacción no tendría tanta relevancia si no fuera por el esfuerzo e insistencia de este Tribunal en esta sentencia de contraponer la transacción a la novación como justificación de la decisión de no seguir la postura acogida en su sentencia de 16 de octubre de 2017. En este sentido, entiendo muy oportuna la advertencia contenida en el voto particular de que habiéndose calificado en las anteriores instancias el documento como de novación, el Tribunal Supremo no debería haber cambiado tal calificación sin ni siquiera haber justificado o fundamentado que esa apreciación y valoración de las instancias inferiores era arbitraria, ilógica, errónea o contraria a Derecho (SSTS de 28 de noviembre de 2003 y de 27 de noviembre de 2007, entre otras); máxime cuando además en el propio documento se insiste expresamente por las partes (y concretamente por la entidad bancaria teniendo en cuenta que es un hecho probado el que se trata de un documento con cláusulas predispuestas por esta entidad) en que se trata de un contrato de novación modificativa: así se advierte en el título del contrato, los exponendos VI y VII y las estipulaciones primera (al concretar la «sustitución» del tipo de interés suelo), segunda y tercera (en cuanto determinan que no hay variaciones en el resto de cláusulas) y quinta (con expresa indicación de que el documento «constituye una novación sujeta a la Ley 2/1994»).

Por otro lado, de una transacción cabe entender que hay negociación: pero aquí no se ha acreditado que hubiera; más bien al contrario: el carácter predispuesto de los contratos privados ha sido hecho declarado probado en todas las instancias. De hecho, el propio Tribunal Supremo en esta sentencia de 11 de abril de 2018 advierte de esa predisposición y habla de una propuesta del banco a los prestatarios (FJ tercero, apartado 8), lo cual por otra parte contradice el tenor del documento privado novatorio que en su exponendo V señala que «es deseo de la parte prestataria rebajar el tipo de interés mínimo pactado y del banco atender dicha solicitud»: realmente la propuesta no partió de los prestatarios, sino del banco.

Pero al margen de esto, debemos partir de que el Tribunal Supremo entiende en este caso que hay transacción (y no mera novación obligacional, aunque hay algo de novación) por considerar que la intención de las partes era poner fin a una controversia, que la entiende como materia disponible, y para ello se hacen recíprocas concesiones (que serían reducir el tipo del suelo y además renunciar al ejercicio de acciones). Analicemos estos presupuestos:

a) Por lo que se refiere a esa intención de evitar un pleito judicial y dar certeza a una situación controvertida, en primer lugar, del contenido de los documentos privados no cabe deducirla. En ningún momento en esos contratos se alude a ninguna controversia, ni a reclamación previa de los prestatarios, ni a la STS de 9 de mayo de 2013, ni a las diferentes interpretaciones y decisiones jurisprudenciales sobre sus efectos económicos. De hecho, se indica expresamente como justificación del documento la diferente coyuntura económica financiera

del momento en que se firma este contrato privado con respecto al momento en que se firmaron las escrituras de préstamo (exponiendo V). Hay que tener en cuenta que está acreditado que el contrato fue prerredeado y predispuerto por la entidad bancaria; el propio Tribunal Supremo lo señala en su sentencia de 11 de abril de 2018, e incluso habla de que fue una propuesta del banco (FJ tercero, apartado 8); con seguridad esta entidad sí que tenía pleno conocimiento del contenido de la STS de 9 de mayo de 2013 y las consecuencias al respecto para los préstamos suscritos por dicha entidad; presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la situación judicial al respecto, teniendo en cuenta que seguramente no se habrán leído esa resolución, que las informaciones efectuadas por los medios de comunicación no siempre son exactas y que no consta que fueran informados al respecto por la entidad antes de la firma de estos documentos, creo que es mucho presumir, y mucho menos exigir. Puestos a tratar de obtener indicios de la actuación de las partes, es más factible entender que la entidad a partir de la STS de 9 de mayo de 2013 contactó con los clientes (el propio Tribunal Supremo habla de que fue una propuesta del banco, FJ tercero, apartado 8) para tratar de subsanar los defectos y vicios que ella sí era consciente que existían en relación a la cláusula suelo de sus préstamos previamente concertados y especialmente la falta de transparencia, ofreciéndoles una reducción del tipo de interés mínimo a pagar (oferta siempre atractiva) a cambio de firmar también un documento en el que ya se trata de constituir prueba de esa información aportada (transparencia) y del conocimiento del prestatario del alcance de la cláusula y renunciar a las acciones de declaración de nulidad y reclamación de las cantidades abonadas de más como intereses. ¿En qué podríamos basarnos para entender esto?: i) en el carácter predispuerto de los contratos; ii) en la falta total de información y referencia a la situación controvertida jurisprudencial sobre las cláusulas suelo; iii) en la causa expresa de estos contratos novatorios indicada en los mismos (cambios de la coyuntura económica financiera); y iv) en que, como advierte el propio Tribunal, por la mayoría de las entidades bancarias se han llevado a cabo tras la STS de 9 de mayo de 2013 frecuentes prácticas tendentes a dejar constancia del cumplimiento de transparencia (así, declaraciones manuscritas, referencia a explicaciones reiteradas y con ejemplos sobre el funcionamiento y alcance de la cláusula), es decir, prácticas con las que la entidad trata de cumplir con unas obligaciones de información que antes no cumplía y era consciente de ello (además de incluir cláusula de renuncia a acciones). La cuestión estriba en que prácticas tendentes a cumplir con el deber de transparencia, ciertamente muy habituales tras la STS de 9 de mayo de 2013, si se llevan a cabo en contratos de préstamo nuevos son un avance y de acreditarse que efectivamente se han llevado a cabo y que se supera el control de transparencia pues podrán atenderse; pero en supuestos en los que prácticas como estas lo que tratan es de subsanar y convalidar una falta de cumplimiento de deberes informativos previos, hay que ser estrictos en la valoración y enjuiciamiento, porque una actuación abusiva y nula de pleno derecho no puede convalidarse ni sanarse sin más. En este caso no se acredita negociación, ni transacción, ni intención de evitar controversia; se acredita predisposición unilateral de las cláusulas por la entidad bancaria, con un contenido que precisamente encaja terminológicamente con las nuevas exigencias que la STS de 9 de mayo de 2013 impuso (conocimiento del alcance de la cláusula, ejemplos representativos...), y con los que la entidad se pretende «salvar» y evitar, ella sí, los pleitos, pero sin que se acredite que evitar el pleito fuera la intención de los prestatarios; de hecho, del contenido de la parte ex-

positiva de los documentos privados la única intención de los prestatarios que se deduce tiene que ver con la intención de que se reduzca el tipo de interés a abonar, y por lo tanto, novar la cláusula de intereses y suelo prevista inicialmente (mientras que la cláusula de renuncia a acciones no se les representa en modo alguno más que como algo accesorio e inocuo).

b) En cuanto a las supuestas contraprestaciones recíprocas, puede afirmarse que esa reducción del tipo de interés suelo beneficia al prestatario ciertamente, pero también beneficia (y mucho más, en mi opinión) a la entidad, porque seguirá contando con un «colchón» mínimo de interés a cobrar por ese préstamo a pesar de la previsible ya en ese momento continua bajada del Euribor como índice de referencia, y a pesar de que ese tipo porcentual es muy superior al tipo del interés legal del dinero, y ello, además, bajo la «seguridad» que le proporciona el resto del contrato en el que se recoge una renuncia de los prestatarios a reclamar en relación con esta cláusula suelo (y del resto de cláusulas del préstamo); y en relación con esta «contraprestación transaccional», por mucho que en la estipulación tercera se indique que «las partes... renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra...», es notorio y evidente que los sujetos renunciantes y más afectados por la renuncia son los prestatarios y no la entidad. Hay un evidente desequilibrio prestacional en esta «transacción»: atendida la supuesta situación controvertida que se quería cubrir y dar certeza con esta transacción, lo cierto es que la que sale totalmente beneficiada es la entidad bancaria, pero en cambio los prestatarios, siguen con una cláusula suelo y debiendo seguir abonando más intereses que los correspondientes a una referencia simple al Euribor, y además renuncian a las acciones derivadas de cualquier cláusula del contrato...; en relación con el anterior presupuesto analizado, dudo mucho de que pueda considerarse acreditado que por parte de los prestatarios hayan comprendido y hayan tenido la voluntad de que estas cláusulas fueran contraprestaciones para una transacción resolutoria de un litigio previo existente.

IV. CONTROL DE VALIDEZ Y TRANSPARENCIA DEL CONTRATO NOVATORIO O TRANSACCIONAL

Dado el carácter predispuesto y no negociado y, por tanto, de condiciones generales de la contratación, de las cláusulas contenidas en esos documentos privados objeto de controversia en la STS de 11 de abril de 2018, resulta necesario asimismo analizar su validez y la transparencia de sus cláusulas, especialmente la novatoria y la de renuncia⁵.

El propio Tribunal Supremo en esta sentencia con respecto a la transacción advierte de que «por el modo predispuesto en que se ha propuesto y aceptado la transacción es preciso comprobar, también de oficio, que se hayan cumplido las exigencias de transparencia en la transacción». Y concluye que efectivamente se cumplen esas exigencias en el caso con base en: a) el contexto temporal en que se ha celebrado, cuando ya era notoriamente conocida la existencia de esas cláusulas y su incidencia, y que podían haber sido nulas por falta de transparencia; y b) la declaración manuscrita de conocimiento sobre el funcionamiento de la cláusula suelo, que, aunque no equivale a la comprensibilidad real por el prestatario, «es indudable que, contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido».

Ahora bien, como ya indique anteriormente, presumir que los prestatarios en enero de 2014 conocían y comprendían el alcance de esa STS plenamente y la

situación judicial al respecto, es algo excesivo y sin base suficiente en atención a un consumidor medio. De hecho si fuera tan notoriamente conocido y causa de la firma de estos contratos en enero de 2014 la situación originada con la STS de 9 de mayo de 2013: a) no se entiende por qué no se alude a ello en los exponendos de los contratos; y b) no se entiende cómo se aceptó por los prestatarios la simple reducción de la cláusula y además una renuncia a todas las acciones, cuando a partir de esa STS de 9 de mayo de 2013 lo que más se difundía entre los medios de comunicación era precisamente que las cláusulas suelo eran nulas, que los bancos hacían prácticas abusivas y poco transparentes y que tenían que devolver las cantidades, aunque eso sí, quedaba pendiente de concretar, pues eso era lo más controvertido de la sentencia de 2013, qué cantidades exactamente; lo notorio era precisamente la nulidad de las cláusulas suelo en el marco de la generalización con la que este tipo de cuestiones se suelen difundir más rápidamente entre los medios de comunicación y la opinión pública, pero no eran notorios los matices jurídicos de la sentencia de 2013 y del tipo de control de transparencia que se configuraba, el hecho de que las cláusulas suelo no siempre son abusivas, etc... En cualquier caso, la comprensibilidad del sujeto prestatario no debe ser objeto sin más de un examen y análisis tan genérico e indiciario: debemos atender al sujeto concreto y determinar su efectiva comprensibilidad real de lo que firma.

Al margen de la calificación del documento y acto como transacción o mera novación, lo cierto es que novación existe, y como se ha indicado, es preciso analizar su validez, el cumplimiento de las exigencias y controles legales de incorporación, contenido y transparencia y los efectos del artículo 1208 del Código Civil. En este sentido, puede afirmarse que se puede considerar cumplido el control de incorporación en cuanto la nueva cláusula es accesible y formalmente comprensible en los términos indicados en los artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (LCGC). Pero en cuanto a la transparencia, no aparece dentro de los hechos declarados probados en las diversas sentencias que se hubiera aportado efectivamente información precontractual a los prestatarios en relación con esa cláusula suelo y su funcionamiento; sí consta en el propio documento las manifestaciones de los prestatarios sobre la recepción de información, ejemplos representativos, e incluso declaración manuscrita sobre su comprensibilidad, pero es que se tratan de cláusulas prerredactadas y predisuestas por la propia entidad; no se ha acreditado la entrega de la información oportuna y el cumplimiento efectivo de esos deberes de información y transparencia que tiene la entidad bancaria, y cuya carga de probar le corresponde precisamente a ella, no siendo suficientes esas manifestaciones prerredactadas contenidas en el contrato novatorio. Y si no puede considerarse transparente, debe considerarse nula por abusiva; una nulidad absoluta.

Igual falta de transparencia y abusividad debe predicarse también de la cláusula suelo original, como así se resaltó en las sentencias de instancias inferiores y cabe deducir del hecho de que el Tribunal con esa calificación de transacción pretendiera concluir que, en contraposición con una calificación de mera novación, en este caso sí podría considerarse sanada y convalidada la situación viciada anterior; el tribunal viene a afirmar que la cláusula original no era transparente pero que quedaba convalidada por la negociación transaccional habida; el problema es que, como se ha ido indicando, no ha habido ninguna negociación.

Y en relación con esto debe insistirse en lo previsto en el artículo 1208 del Código Civil y lo indicado en la STS de 16 de octubre de 2017. Una novación no sana situaciones de nulidad absoluta anteriores en casos como la cláusula suelo

y otras posibles cláusulas abusivas, siendo esa abusividad y nulidad apreciable de oficio. La novación no puede sanar la falta de transparencia anterior (STS de 16 de octubre de 2017).

Por lo que se refiere a la renuncia de acciones, hay que destacar la imprecisión y generalidad con la que se concibe esa renuncia. En el contexto de la novación, e incluso de la transacción, vinculada a la cláusula suelo, la renuncia que se plantea excede de ese ámbito, extendiéndose a acciones relacionadas con el resto de cláusulado del préstamo original, que se ratifican como válidas, admitiéndose adecuadas y correctas todas las liquidaciones y pagos realizados. Una renuncia así en una cláusula acreditada como predispuesta debe ser asimismo objeto de control, y en este caso, cabe afirmar que no supera el control de transparencia y de contenido, pues no cabe entender acreditado que los prestatarios fueran conscientes plenamente del alcance real de esa renuncia tan genérica. Pero, además, esa cláusula determina también una renuncia previa a acciones pendientes de concretarse en la esfera de los prestatarios, una falta de buena fe por la entidad al incluir unilateralmente una cláusula de renuncia total y genérica en un contrato novatorio de cláusula suelo, y, en todo caso, es contraria a un orden público nacional y comunitario que determina la imperatividad de las normas de protección de los consumidores en relación con la ineficacia de las cláusulas abusivas y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como derecho irrenunciable (cfr. arts. 10, 82 y 86.7 TRLCU).

V. CONCLUSIONES

I. Transacción y novación no son figuras excluyentes entre sí. Pero en todo caso, deben cumplir también con los criterios legales de control de validez y abusividad.

II. La novación no puede determinar la sanación o convalidación de la cláusula que sea abusiva, pues esta es radicalmente nula (art. 1208 del Código Civil y STS de 16 de abril de 2017).

III. La renuncia puede hacerse en relación a derechos y acciones ya incorporados al patrimonio del sujeto, pero debe ser clara, voluntaria e inequívoca, y no puede contrariar el interés y orden público ni afectar a terceros (art. 6 del Código Civil).

IV. En el caso enjuiciado en la STS de 11 de abril de 2018 resulta discutible que pueda considerarse realizada una transacción, y que esta en todo caso sea transparente. La novación realizada de la cláusula suelo no puede convalidar la cláusula abusiva previa y la renuncia genérica contenida en el documento privado objeto de enjuiciamiento afecta al orden público y al derecho a la tutela judicial efectiva de los prestatarios.

V. Con alta probabilidad se plantearán cuestiones prejudiciales ante el TJUE que será quien finalmente termine, como viene sucediendo en los últimos años, aportando la claridad y seguridad necesaria en relación con estas cuestiones.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 21 de diciembre de 2016
- STJUE de 26 de enero de 2017
- STS de 10 de julio de 2002

- STS de 26 de septiembre de 2006
- STS de 7 de julio de 2006
- STS de 30 de noviembre de 2009
- STS de 9 de mayo de 2013
- STS de 21 de febrero de 2015
- STS de 19 de noviembre de 2015
- STS de 16 de octubre de 2017
- STS de 11 de abril de 2018
- SAP Valladolid de 11 de mayo de 2015
- SAP Zaragoza de 15 de junio de 2016
- SAP Palencia de 14 de noviembre de 2016
- SAP Salamanca de 20 de marzo de 2017
- SAP León de 29 de marzo de 2017
- SAP Cáceres de 31 de marzo de 2017
- SAP Zaragoza de 16 de junio de 2017
- SAP Madrid de 19 de junio de 2017
- SAP Alicante de 3 de noviembre de 2017
- SAP Badajoz de 26 de abril de 2018
- SJPI núm. 4.º Burgos de 17 de abril de 2018
- SJPI núm. 3 Albacete de 19 de abril de 2018

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO PERERA, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), publicaciones jurídicas*, 13 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_cláusula_suelo.pdf].
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), publicaciones jurídicas*, 28 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_préstamo_hipotecario.pdf].
- PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 (<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>).

NOTAS

¹ Doctrina que, por otro lado, había estado siendo ya acogida entre varias audiencias provinciales, y asumida también después: así, SSAP Valladolid de 11 de mayo de 2015, Zaragoza de 15 de junio de 2016, Palencia de 14 de noviembre de 2016, Salamanca de 20 de marzo de 2017, León de 29 de marzo de 2017, Cáceres de 31 de marzo de 2017, Zaragoza de 16 de junio de 2017, Madrid de 19 de junio de 2017 y Alicante de 3 de noviembre de 2017.

² Así, a favor de esta resolución se muestra CARRASCO PERERA, Á. (2018). Validez de las novaciones transaccionales de préstamos hipotecarios con cláusula suelo. Una buena

sentencia de casación. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO), publicaciones jurídicas*, 13 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Validez_de_las_novaciones_transaccionales_de_préstamos_hipotecarios_con_cláusula_suelo.pdf].

³ Sobre el ordenamiento jurídico comunitario y la protección de los consumidores, *vid.*, SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2017). El orden público comunitario y su incidencia en el procedimiento civil en materia de consumidores. *Revista de Derecho VLex*, núm. 158 (<https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/orden-publico-comunitario-incidencia-685540513>); y PÉREZ DAUDI, V. (2018). *La protección procesal del consumidor y el orden público comunitario*. Barcelona: Atelier.

⁴ A este respecto, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 advirtió en sus considerandos 53 a 58 que: «A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, los Estados miembro establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional. Esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen la naturaleza de normas de orden público (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de mayo de 2013, *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, C-488/11, apartado 44). Por otro lado, se trata de una norma imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 63). Dada la naturaleza y la importancia del interés público que constituye la protección de los consumidores, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad en relación con los profesionales, y tal como se desprende del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con su vigesimocuarto considerando, esta Directiva impone a los Estados 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» (sentencia de 30 de abril de 2014, *Kásler y Káslerné Rábai*, C-26/13, apartado 78). Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, apartado 65). En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto».

Por su parte la STJUE de 26 de enero de 2017 en sus considerandos 40 a 43 indica: «A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el sistema de protección que establece la Directiva 93/13 se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información (véase, en particular, la sentencia de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 22 y jurisprudencia citada). Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véanse, en particular, las sentencias de 17 de julio de 2014, *Sánchez Morcillo y Abril García*, C-169/14, apartado 23, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartados 53 y 55). Según reiterada jurisprudencia, esta disposición debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse las sentencias de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, apartados 51 y 52, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 54). En este contexto, el Tribunal de Justicia ha declarado en varias ocasiones que el juez nacional deberá apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este

modo, subsanar el desequilibrio que existe entre el consumidor y el profesional, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (sentencias de 14 de marzo de 2013, *Aziz*, C-415/11, apartado 46 y jurisprudencia citada, y de 21 de diciembre de 2016, *Gutiérrez Naranjo y otros*, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, apartado 58)».

⁵ A este respecto, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J. (2018). Novación de préstamos hipotecarios con cláusula suelo y renuncia al ejercicio de derechos. Nota crítica a la STS 205/2018, de 11 de abril. *Centro de Estudios de Consumo (CESCO)*, *publicaciones jurídicas*, 28 de abril de 2018 [trabajo disponible en http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Novacion_prestamo_hipotecario.pdf].

1.6. Responsabilidad civil

Daño moral en el derecho de autor: el criterio indemnizatorio de la regalía hipotética y los daños punitivos

Non-pecuniary damage on copyright: hypothetical royalty criteria and punitive damages

por

ISABEL ESPÍN ALBA

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN: Desde la perspectiva del derecho de autor español, dos sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de los años 2016 y 2017 —Asuntos C-99/15 y C-367/15— representan un revulsivo para la doctrina jurisprudencial sobre el daño moral por infracciones de los derechos de autor y de otros derechos de propiedad intelectual. Por un lado, el TJUE confirma que la parte perjudicada por una infracción de su derecho de propiedad intelectual puede reclamar una indemnización por el daño patrimonial calculada sobre la base de una regalía hipotética y además solicitar la reparación del daño moral; y, por otro lado, ha reconocido que la Directiva 2004/48/CE no cierra las puertas al mecanismo del daño punitivo para infracciones de los derechos de propiedad intelectual. Este trabajo propone un acercamiento a estos criterios, con el fin de reflexionar sobre las funciones de la responsabilidad civil en nuestro sistema de infracciones del derecho de autor, y en el futuro de la reforma de la citada Directiva.

ABSTRACT: *From the perspective of Spanish copyright law, two judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU) published in 2016 and 2017 —Case C-99/15 and Case C-367/15— represent an important change in jurisprudential doctrine on moral damage for infringement of copyright and other intellectual property rights. On the one hand, the CJEU confirms that the party injured by an infringement of their intellectual property right can claim compensation for the material damage calculated according on the basis of hypothetical royalty and also to claim compensation for the moral damage; and, on the other hand, it has been recognized that Directive 2004/48/EC does not close the doors to the punitive damages mechanism for infringements of intellectual property rights. This work proposes an approach to the new criteria, show the functions of tort law in our legal system and the future of the reform of the Directive.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de daños. Daño moral. Regalía hipotética. Daños punitivos. Propiedad intelectual Derechos de autor. Derechos morales.

KEY WORDS: *Tort law. Non-pecuniary damage. Hypothetical royalty. Punitive damages. Intellectual property. Copyright. Moral rights.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. MARCO NORMATIVO: 1. LA DIRECTIVA 2004/48/CE. 2. EL ARTÍCULO 140 TRLPI. LA REGALÍA HIPOTÉTICA Y EL DAÑO MORAL. 3. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LOS DERECHOS MORALES.—III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES: 1. EL CASO LIFFERS (ASUNTO C-99/15): A) *La STJUE de 17 de marzo de 2016.* B) *La STS de 19 de julio de 2016.* 2. EL CASO «OŁAWSKA TELEWIZJA KABLOWA» (ASUNTO C-367/15) Y LOS DAÑOS PUNITIVOS: A) *La función de la indemnización por daños en la propiedad intelectual en Europa. El caso Hannson.* B) *La STJUE de 25 de enero de 2017.*—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

Este artículo tiene por objeto analizar críticamente las más recientes decisiones judiciales en materia de cálculo indemnizatorio derivado de la infracción de los derechos de autor y de otros derechos de propiedad intelectual, contenidos en la vigente Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI), resultado de la transposición de la Directiva 2004/48/CE, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, conocida también como Directiva de *enforcement* o Directiva antipiratería. En particular, la doctrina emanada del Caso LIFFERS, STJUE de 17 de marzo de 2016, ya que en él se ha considerado que la indemnización por daño moral, una vez causado, es independiente del método de cálculo utilizado para cuantificar el daño patrimonial; así como los criterios establecidos en el Asunto Oławska Telewizja Kablowa, STJUE de 25 de enero de 2017, que abren las puertas a la inclusión de daños punitivos en el referido cálculo indemnizatorio, en cuanto considera que no es contraria a la Directiva 2004/48/CE.

II. MARCO NORMATIVO

Las cuestiones sobre la indemnización de los daños morales en la infracción de los derechos de propiedad intelectual aquí planteadas están enmarcadas en un necesario proceso de revisión de la Directiva de *enforcement*, como se puede desprender de la Comunicación «Directrices sobre determinados aspectos de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual», de 29 de noviembre de 2017 (COM [2017], 708 final), en adelante Directrices. Esta evaluación reconoce como premisa que, con carácter general, la Directiva ha logrado el objetivo de aproximar los sistemas legislados de los Estados miembro respecto de la protección de los derechos de propiedad intelectual en los tribunales civiles¹; sin embargo, pone de manifiesto que, debido a la armonización mínima, los procedimientos y los recursos establecidos en ella no se ejecutan ni se aplican de manera uniforme entre los Estados miembros. Las distorsiones descritas provienen esencialmente del hecho de que la Directiva posibilita una protección mayor de la prevista, y de que no existe una interpretación uniforme de sus disposiciones y, además, de que hay diferencias en los procedimientos de Derecho civil y en las tradiciones judiciales nacionales en los diferentes países de la Unión.

En lo que concierne a los objetivos y fundamentos de una eventual reforma, las Directrices evidencian que las principales razones aducidas por los titulares de derechos de propiedad intelectual para no buscar una reparación civil en los casos de infracción de tales derechos son la cuantía imprevisible de la indemnización y la escasa probabilidad de obtener una reparación adecuada por los daños sufridos. Aspecto que se manifiesta de particular importancia para las pymes, y que ha llevado a que los titulares de derechos, la judicatura, los profesionales del Derecho y los ciudadanos hayan pedido mayor claridad jurídica sobre el cálculo de los daños, así como una asignación más justa.

El efecto disuasorio negativo que representa que muchos titulares de derechos de propiedad intelectual, principalmente pequeñas y medianas empresas, manifiesten que no es rentable la defensa de tales derechos ante los tribunales, reclama una armonización que haga más efectiva la protección judicial, pero también invita a la búsqueda de mecanismos preventivos y de resolución alternativa de litigios.

En la línea de la prevención de infracciones, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo y el Comité Económico y Social Europeo, de 1 de julio de 2014, «Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE» (COM[2014]0392) —apoyada por la Resolución del Parlamento Europeo, de 9 de junio de 2015 (2014/2151[INI])— avanza que en la agenda de la Unión relativa a la protección de los derechos de propiedad intelectual se pretende introducir una visión preventiva bajo el enfoque «sigue la pista al dinero» que complete los mecanismos a disposición para la lucha contra las infracciones de tales derechos, principalmente en lo que atañe a las vulneraciones en escala comercial.

1. LA DIRECTIVA 2004/48/CE

La Directiva 2004/48/CE nació con el objetivo ambicioso de alcanzar altos niveles de protección de la propiedad intelectual, consciente el legislador comunitario de la esencialidad de la materia para la construcción del mercado único (DÍAS PEREIRA, 2017, 65).

Establece un conjunto mínimo, pero estándar, de medidas, procedimientos y recursos que permiten ejercitar procedimientos civiles efectivos para garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual, desde la óptica del principio de un proceso justo y equitativo. La finalidad de la Directiva es aproximar los sistemas legislativos nacionales para garantizar un nivel de protección elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior.

El artículo 13 regula la indemnización de los daños y perjuicios que sean consecuencia de una vulneración de derechos de propiedad intelectual, en un sentido amplio que incluye también los derechos de propiedad industrial. En su primer apartado, dicho precepto establece:

«Los Estados miembro garantizarán que las autoridades judiciales competentes ordenen, a instancia de la parte perjudicada, al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en una actividad infractora, el pago al titular del derecho de una indemnización adecuada a los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción.

Cuando las autoridades judiciales fijen los daños y perjuicios:

- a) tendrán en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho; o
- b) como alternativa a lo dispuesto en la letra a), podrán, cuando proceda, fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión».

Para completar la lectura de la norma y favorecer su interpretación, el Considerando 26 de la Directiva declara sobre esta cuestión:

«Con el fin de reparar el perjuicio sufrido debido a una infracción cometida por un infractor que haya realizado una actividad que constituya una infracción de este tipo a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, el importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al titular debe tener en cuenta todos los aspectos pertinentes, como los beneficios dejados de obtener por el titular del derecho o los beneficios ilícitos obtenidos por el infractor; así como, cuando proceda, el daño moral ocasionado al titular. O como alternativa cuando, por ejemplo, sea difícil determinar el importe del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos como los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido la autorización de utilizar el derecho de propiedad intelectual de que se trate. El propósito no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación».

A partir del caso LIFFERS, queda claro, que «una parte perjudicada por una infracción de DPI que presente una reclamación por daños y perjuicios para compensar el menoscabo sufrido, establecido de conformidad con el método de la cantidad a tanto alzado del artículo 13, apartado 1, letra b), de la DRDPI, puede reclamar y, si su reclamación está fundamentada, recibir, no solo una indemnización por daños materiales sino también por el daño moral causado por esa infracción» (II.1 Directrices).

2. EL ARTÍCULO 140 TRLPI. LA REGALÍA HIPOTÉTICA Y EL DAÑO MORAL

La vigente redacción del artículo 140 TRLPI, resultado de la transposición de la Directiva 48/2004/CE por la Ley 19/2006, de 5 de junio, presenta varias deficiencias técnicas, puesta de manifiesto por la doctrina (CARRASCO PERERA y DEL ESTAL, 2017; ARMENGOT VILAPLANA, 2017, YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS, 2014, RUBÍ PUIG, 2015, CLEMENTE MEORO, 2009), aunque en esta ocasión el objeto de estudio está centrado en las relaciones entre la indemnización calculada por el método de la regalía hipotética en lo que concierne a los derechos de autor (FERRER BERNAL, 2017).

Dice el precepto:

«1. La indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá no solo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. 2. La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes:

- a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita.

En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra.

- b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

3. La acción para reclamar los daños y perjuicios a que se refiere este artículo prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla».

En la redacción del artículo 140 TRLPI anterior a la reforma operada por la transposición de la Directiva comunitaria, se establecían claramente dos criterios alternativos para calcular la indemnización del daño patrimonial («el beneficio que hubiere obtenido presumiblemente, de no mediar la utilización ilícita, o la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación»), entre los que el perjudicado podía elegir, y se permitía que este pudiera reclamar además la indemnización del daño moral, caso de que tal daño existiera, incluso si no se hubiera probado la existencia de perjuicio económico (STS de 12 de febrero de 1999).

Pero tras la transposición de la Directiva, surgen dudas interpretativas acerca de si es posible solicitar la indemnización del daño moral en el caso de que se haya optado por el criterio indemnizatorio del artículo 140.2.b TRLPI, consistente en «la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión», esto es, la licencia hipotética.

La polémica deviene de la propia literalidad del precepto, en su vigente redacción.

El artículo 140.2 TRLPI reconoce dos métodos de cálculo indemnizatorio a elección del acreedor.

Por un lado, la letra a) ya no se refiere únicamente a «lucro cesante», puesto que las consecuencias negativas están integradas, entre ellas, además de por la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada, también por los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. Y añade, expresamente, una referencia a la procedencia de la indemnización del daño moral, que aparece, de ese modo, como un concepto indemnizatorio independiente que autoriza reclamar en exclusiva el daño moral.

Por otra parte, la letra b) del precepto menciona la posibilidad de fijar la cuantía indemnizatoria sobre la ficción legal una hipotética licencia acordada

entre el titular del derecho infringido y el infractor. De esa manera, «el perjudicado no ha de mostrar el daño padecido, sino el valor de su derecho en el mercado» (CLEMENTE MEORO, 2009, 879). Esta fórmula está muy arraigada en la casuística de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial, así como en el derecho de la competencia, pero no hay referencias al daño moral en este apartado del precepto.

La STS de 18 de noviembre de 2010, en un caso de vulneración del derecho de marcas reiterando el criterio antes establecido en la STS de 2 de marzo de 2009, mantiene que la llamada regalía hipotética responde a la necesidad de que el titular del derecho infringido no quede sin protección por la dificultad que normalmente representa probar en el proceso los beneficios obtenidos por el infractor con la lesión del derecho del perjudicado. Permite sortear distintos obstáculos probatorios que en más de una ocasión impedían al titular de los derechos vulnerados recibir un importe de indemnización adecuado por el perjuicio sufrido. En todo caso, justifica una mayor amplitud del arbitrio judicial para fijar la indemnización (STS de 19 de marzo de 2014 y SAP de Madrid de 27 de febrero de 2015).

No se trata de legitimar la actuación del infractor ni de ratificar o convalidar la infracción (YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MAIZ, 2014, 1688), sino de favorecer el acceso a una compensación adecuada y efectiva, pues se facilita la prueba, principalmente si se han concedido, con anterioridad, licencias al infractor (CLEMENTE MEORO, 2009, 879). En su esencia se encuentra la doctrina del enriquecimiento injusto (VENDRELL CERVANTES, 1164, CARRASCO PERERA y DEL ESTAL, 2017, 1861, STS de 31 de mayo de 2011 y SAP de Alicante de 16 de enero de 2018).

Ahora bien, el aparente beneficio para los perjudicados por una infracción de derechos autor se puede desvanecer si, como mantiene FERRER BERNAL (2017, 26) «la aparente facilidad que ofrece la normativa al perjudicado para que sea él el que decida la forma de cuantificar el daño sufrido, cuando se inclina por la que menor despliegue probatorio requiere la regalía hipotética, no es tal si después nuestros tribunales exigen un esfuerzo probatorio que puede llegar a transformar el objetivo, de modo que ahora no se trata de cuantificar el daño hipotético sino el daño efectivo o real, lo que no siempre logra el perjudicado. Por lo tanto, sus posibilidades de recibir la compensación necesaria, por el perjuicio sufrido, se reducen».

En suma, «para fijar la indemnización bajo este criterio hay que formular una hipótesis dada la imposibilidad de realizar una reproducción perfecta de cuál hubiera sido la situación si no se hubiera producido la conducta ilícita, esto es, determinar cuál hubiera sido la remuneración que el titular de los derechos hubiera percibido en el caso de que el presunto infractor no hubiera actuado ilícitamente y hubiera solicitado autorización para la explotación de la obra. En este esquema, el actor no tendrá que probar el daño, sino el valor de mercado de su derecho que otro ha utilizado sin consentimiento» (STS de 19 de marzo de 2014).

Todo ello hace del canon hipotético un método de cuantificación de daños muy extendido en esta clase de litigios, razón por la que debemos volver sobre la cuestión de la compatibilidad entre el criterio de la regalía hipotética y la indemnización por daños morales. El problema está en que la referencia a la indemnización por daños morales aparece mencionada, exclusivamente, en el primer criterio indemnizatorio de la letra a del artículo 140.1 TRLPI. En ese precepto el daño moral se muestra como un concepto indemnizatorio autónomo (CLEMENTE MEORO, 2009, 877) que permite conceder el daño moral con independencia del daño patrimonial (STS de 22 de abril de 1998).

Una aproximación estrictamente gramatical nos llevaría a la conclusión, rechazada por un importante sector doctrinal, de que no sería posible la acumulación de la indemnización con base en una regalía hipotética y el daño moral. Tildada de «sorprendente y absurda» (CARRASCO PERERA 2007, 1700), el caso LIFFERS analizado a continuación, confirma la opinión de ese amplio sector doctrinal que desde un primer momento mantuvo que los argumentos basados en la literalidad de la norma no eran suficientes (RUBÍ PUIG, 2015, 677), máxime si se tiene en cuenta que el Considerando 26 de la Directiva se refiere a «cuando menos», es decir al mínimo importe.

Hasta aquí, la polémica sobre la compatibilidad de distintos conceptos indemnizatorios, pero antes de estudiar la respuesta de la justicia comunitaria en el apartado dedicado a los criterios jurisprudenciales, conviene seguir ilustrando algunos aspectos de los daños morales en el derecho de autor y que serán de utilidad en el referido análisis.

Por lo pronto, existe un interesante debate sobre el campo de actuación de los daños morales en esta materia. CABRERA RODRÍGUEZ (2017, 15) hace una concienzuda revisión bibliográfica y ubica el tema en dos corrientes doctrinales contrapuestas. Por un lado, aquellos que restringen el daño a las infracciones de los derechos morales tasados, en contraposición al sector doctrinal que, a la vista de un concepto más amplio de daño moral, entiende que puede resultar de la infracción de derechos patrimoniales o de explotación.

La tesis dominante apunta a que el daño moral previsto en el artículo 140 TRPLI es exclusivamente el daño por infracción de los derechos morales del artículo 14 TRLPI (SAP de Barcelona de 28 de enero de 2000 y SAP de Vizcaya de 24 de julio de 2007). Aun así, nada impide que de una infracción de un derecho de explotación se puedan inferir daños morales, aunque no se afecten directamente facultades morales, como ocurre en el caso de realizadores de meras fotografías que no tienen reconocido el derecho de paternidad, pero que en alguna ocasión fueron indemnizados por daños morales debido a la infracción de sus derechos de explotación (SAP de Álava de 14 de junio de 2010).

Dice el artículo 140.2. a) TRLPI que procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico, de modo que se presume ante la lesión de una de las facultades morales. Es tanto como decir que «se presume que la infracción de un derecho moral del artículo 14 de la LPI produce un daño moral» (SAP de Baleares de 30 de julio de 2010, ARMENGOT VILAPLANA, 2017, 1611). Ello, sin embargo no significa que sea suficiente alegar el daño moral, es preciso probarlo (SAP de Vizcaya de 10 de marzo de 2009).

Los parámetros que establece el TRLPI para fijar la indemnización por daño moral son tres: «circunstancias de la infracción», «gravedad de la lesión» y «grado de difusión ilícita de la obra». Sigue en ello el modelo marcado por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982 de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, heredando la flexibilidad de la apreciación judicial propiciada por la referida ley orgánica, pero también sus resultados adversos (YZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MÁIZ, 2014).

Para los daños morales se ha reconocido dicha flexibilidad sin mayores problemas, en cuanto que la valoración, a efectos de fijar su indemnización, no puede obtenerse de una prueba objetiva, pero no por ello se ata a los tribunales e imposibilita legalmente para fijar su cuantificación a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso (STS de 19 de octubre de 2000).

En todo caso, «la jurisprudencia ha optado, de forma mayoritaria, por efectuar una valoración global que deriva de una apreciación racional aunque

no matemática, pues se carece de parámetros o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones, en dicha suma total, el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en suma dineraria» (SAP Baleares de 22 de octubre de 2015).

Por último, la relación con los daños punitivos fue destacada por parte de la doctrina, con ocasión del examen del daño moral en la propiedad intelectual. En no pocos casos, la ausencia o escasa comercialización del producto resultado de la reproducción ilícita, hace con que el daño moral sea el único concepto verdaderamente indemnizable (SAP Burgos de 17 de mayo de 2017)². En consecuencia, se quiso entroncar el daño moral en la propiedad intelectual con situaciones de escasa indemnización, derivada en muchos casos de la dificultad probatoria de los daños (CARRASCO PERERA y DEL ESTAL, 2017, 1869).

La posibilidad de una sobrecompensación respecto del daño efectivo causado a los titulares de derechos de propiedad intelectual puede, según el caso, aproximarse a una pena privada, aunque el origen de la misma no esté en la voluntad de sancionar, sino en la utilización de módulos objetivos que tendencialmente pueden indemnizar por encima de los daños efectivos.

El carácter voluble que siempre revisten los cálculos de esta naturaleza (SAP de Madrid de 6 de febrero de 2017), producto de una tarea esencialmente estimativa (SAP de Madrid de 24 de mayo de 2013), no implica que sean automáticamente mecanismos punitivos, pues, a pesar de la posibilidad de sobrepasarse, la práctica demuestra que, por lo general y como prueba de la «prudencia del Juzgador» (SAP de Cádiz de 28 de noviembre de 2007), las indemnizaciones concedidas no cubren de hecho todo el perjuicio sufrido³.

RUBÍ PUIG (2015, 673) enfatiza que no debería equiparse sin más la indemnización «supercompensatoria» con la indemnización sancionatoria. En esa línea, el apartado 26 de la STJUE de 25 de enero de 2017, recuerda que esta característica es inherente a toda indemnización a tanto alzado. Y en su apartado 31 completa el razonamiento «Ciertamente, no puede excluirse que, en casos excepcionales, la indemnización de un perjuicio calculado sobre la base del doble del canon hipotético exceda de forma tan clara y considerable del perjuicio realmente sufrido, de modo que una solicitud en este sentido podría constituir un abuso de derecho, prohibido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2004/48».

En otras palabras, parece extendida la convicción de que la acumulación de los daños morales con otros conceptos indemnizatorios o su valoración global a un tanto alzado no representan necesariamente una sanción de naturaleza privada, sino que se puede enmarcar en el principio de reparación racional y efectiva. Con todo, la mera posibilidad de una compensación superior a los daños efectivamente causados, siempre recuerda el debate sobre la posible introducción de las compensaciones punitivas en materia de propiedad intelectual.

3. LA ESPECIAL NATURALEZA DE LOS DERECHOS MORALES

Previo al estudio de las SSTJUE, es necesario recordar la especial naturaleza de las facultades morales integradas en el contenido del derecho de autor *ex* artículo 14 TRLPI, puesto que, en el fondo, la naturaleza misma de tales facultades está imbuida de la idea de no patrimonialidad, facilitando la confusión

entre los conceptos; sin embargo, no hay que perder la perspectiva de que «tal característica del derecho de autor, aunque se denomine moral, nada tiene que ver con el «daño moral» que pueda sufrir el autor o cualquier otra persona. Esta clase de daño es un perjuicio de índole no material, derivada de padecimientos no visibles» (SAP de Álava de 14 de junio de 2010).

Al que tiene un primer contacto con el derecho de autor, le puede sorprender, en cierta medida, algunos de los mecanismos de transmisión de derechos patrimoniales, precisamente por la vigencia durante la vida del autor —y en determinados supuestos incluso *post mortem auctoris*⁴— de esos llamados derechos morales, inalienables e irrenunciables.

Son un conjunto de facultades de orden personal que configuran, al lado de otras de carácter patrimonial, el contenido de un derecho subjetivo *sui generis* que es el derecho de autor. Estas facultades personales, aunque no configuren un derecho de la personalidad en sentido técnico-jurídico, están muy próximas a esa idea, pues representan una proyección del espíritu del creador sobre la obra creada, condicionando inexorablemente el régimen de explotación de la misma.

La caracterización descrita explica que en España, desde la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 se haya proclamado la naturaleza especial de sus preceptos, debido a la conexión con los derechos de la personalidad, favorecida por el artículo 20.1.b) de la Constitución española que consagra la libertad de creación literaria, artística y científica, dentro del Título I dedicado a los «derechos y deberes fundamentales».

La entrada en vigor de la LPI en los términos en que ha sido formulada puso de relieve, una vez más, el papel central de los derechos morales en la estructura del derecho de autor, ya que los sitúa como la nota que caracteriza la especialidad del régimen de transmisión de los derechos de explotación. Si no fuera por estas facultades personales estaríamos ante un derecho subjetivo absoluto de orden patrimonial, perfectamente asimilable sin más a la propiedad.

En este sentido, además de la regulación detallada de los derechos morales en los artículos 14 a 16 TRLPI, su presencia es detectable en otras normas a lo largo del texto legal, independientemente de cuál sea la materia regulada. Es el caso del artículo 22 TRLPI, según el cual la cesión de los derechos de explotación sobre sus obras no impedirá al autor publicarlas reunidas en colección escogida o completa o bien del artículo 43.5 TRLPI que excluye de la cesión de los derechos de explotación las modalidades de utilización o medios de difusión inexistentes o desconocidos en el tiempo de la cesión. Asimismo, en la imposición de un contenido mínimo y de límites para los derechos y obligaciones de las partes en el contrato de edición, emerge innegablemente la incidencia directa de los derechos morales de autor.

Por último, también es oportuno tener en cuenta para la construcción de criterios jurisprudenciales relacionados con la violación del derecho a la paternidad, que la reputación profesional es en sí misma un valor de especial trascendencia no solo moral sino también patrimonial, en cuanto es la garantía de mantener la expectativa de explotación de la actividad creadora. Cada vez es más frecuente que el foco empresarial de determinadas actividades creadoras no esté exclusivamente centrado en los derechos de explotación, en vista de que se extienden los modelos de negocios en que la construcción de la imagen es la base de la contratación del diseño de productos, la contratación para conciertos, etc. Todo ello incrementa la potencialidad de las infracciones de los derechos morales, y por consiguiente, de las indemnizaciones por daños morales.

III. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

1. EL CASO LIFFERS (ASUNTO C-99/15)

Christian LIFFERS presentó una demanda contra «Producciones Mandarina, S.L.» y «Gestevisión Telecinco, S.A.», por la vulneración de sus derechos de propiedad intelectual sobre la obra audiovisual «Dos patrias; Cuba y la noche», de la que es guionista, director y productor. La obra narra seis historias personales e íntimas de homosexuales y transexuales de la ciudad de La Habana. La productora Mandarina realizó un documental sobre la prostitución infantil en Cuba en el que insertó algunos pasajes de la obra del Sr. LIFFERS, sin su previo consentimiento. El documental de Mandarina fue emitido por la cadena Telecinco, alcanzando una cuota de audiencia del 13,4%.

En la demanda presentada solicitaba, en esencia, que: (i) se declarara que las entidades demandadas habían vulnerado sus derechos; y (ii) se las condenara a cesar en la infracción y a indemnizar los daños y perjuicios causados, que cuantificó en 6.740 euros por la infracción de derechos de explotación y en 10.000 euros correspondientes al daño moral. En todo caso, para la determinación de la indemnización por la infracción de los derechos de explotación de su obra, el Sr. LIFFERS utilizó el criterio de la licencia o regalía hipotética o sea, el importe de los derechos que se le adeudarían si Mandarina y Mediaset le hubieran pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. A tal fin, empleó las tarifas de la Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA), mientras la indemnización en concepto de daño moral se calculó a tanto alzado.

La sentencia núm. 587/2011, de 30 de junio, Juzgado de lo Mercantil núm. 6 de Madrid, estimó íntegramente la demanda. Por ende, declara que las demandadas han violado los derechos de propiedad intelectual titularidad de la parte actora, y las condena a la cesación en sus actos de reproducción, comercialización, exportación, distribución, comunicación pública y, en definitiva, cualquier acto que suponga una vulneración de los derechos exclusivos, así como a la retirada del tráfico económico de todas las copias que infrinjan los derechos de propiedad intelectual titularidad del demandante, y el abono solidario al actor de la cantidad de 3.370 euros en concepto de daño por infracción de los derechos de explotación y la cantidad de 10.000 euros por daño moral causado al prestigio y reputación del demandante.

En apelación, la SAP de Madrid núm. 14/2013, de 21 de enero, estimó parcialmente el recurso y condena a las demandadas a abonar solidariamente al actor la cantidad de 962,33 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, como remuneración que hubiera percibido si los infractores hubieran pedido autorización para utilizar sus derechos de propiedad intelectual. En su razonamiento, la primera cuestión planteada era la inexistencia de infracción de los derechos de propiedad intelectual del demandante, pues los fragmentos de obra utilizados no afectaban a una parte sustancial de la misma, mientras la segunda cuestión abordada en el recurso afectaba a la cuantía de la indemnización por la vulneración de los derechos de explotación, y en ella se impugnaba el apartado de las tarifas de EGEDA aplicado por el Juzgado y la duración que se atribuía a los fragmentos de la obra del demandante utilizados. La Audiencia estimó en parte estos argumentos y redujo a 962,33 euros la indemnización resultante de aplicar el criterio de la licencia hipotética.

Respecto del daño moral, y en lo que afecta a este comentario, consideró que la exigencia de indemnización del daño moral no es compatible con la elección

de la licencia hipotética como criterio indemnizatorio. La Audiencia analizó el artículo 13.1 y el considerando 26 de la Directiva 48/2004/CE, así como el artículo 140 del TRLPI, modificado por la Ley 19/2006, de 5 de junio, que transpuso la Directiva a Derecho interno. Con base en estas normas, afirma que «la opción de la regalía hipotética constituye un criterio indemnizatorio alternativo, que prescinde de los perjuicios reales contemplados en el apartado a) del precepto para facilitar la indemnización. [...] tal criterio alternativo se circunscribe a lo expresado en el apartado b) sin que el legislador permita acudir a un tercer criterio, que sería el que mezcla los conceptos indemnizatorios de ambos apartados, con la posibilidad en consecuencia de añadir a la regalía hipotética los daños morales. Si el perjudicado opta por el criterio de la regalía hipotética ante la dificultad de determinar el perjuicio realmente sufrido o por cualquier otra circunstancia, la reclamación no puede comprender el daño moral, que solo cabe reclamar cuando se elija el primero de los criterios señalados».

Admitido a trámite el recurso de casación, el recurrente solicitó que se sentase doctrina jurisprudencial según la cual la indemnización del daño moral resulta independiente de cuál de los dos criterios indemnizatorios del daño patrimonial establecidos en los apartados «a» y «b» del artículo 140.2 del TRLPI sea elegido por el perjudicado por una infracción de derecho de propiedad intelectual, así como que se procediese a plantear cuestión prejudicial ante el TJUE.

El Alto Tribunal plantea una cuestión prejudicial en el Auto de 12 de enero de 2015, en los siguientes términos: «Si el artículo 13.1 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, puede interpretarse en el sentido de que el perjudicado por una infracción de propiedad intelectual que reclame la indemnización del daño patrimonial basada en el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión, no puede solicitar además la indemnización del daño moral producido».

Transmite al Tribunal europeo, en todo caso, el contenido y alcance de sus objeciones a las diferentes interpretaciones sobre el artículo 13.1 de la Directiva.

Pone de manifiesto el fracaso armonizador en ese extremo y que, a la vista del criterio restrictivo elegido por la Audiencia Provincial en este caso, se podría ofertar un grado de protección de los derechos de propiedad intelectual inferior en comparación con otros países⁵. También indica que el adjetivo «efectivos» aplicado al concepto «daños y perjuicios» no parece compatible con la exclusión de la indemnización del daño moral cuando se haya optado por un criterio indemnizatorio, el de la licencia hipotética, que parece estar destinado a valorar exclusivamente daños patrimoniales, si las circunstancias que concurren muestran que es posible la existencia de un daño moral, que puede ser de mayor entidad incluso que el daño patrimonial, y manifiesta dos posibles interpretaciones.

Por un lado, «era posible una interpretación alternativa que considerase que la opción de la letra «b» del artículo 13.1 de la Directiva establece un criterio indemnizatorio alternativo solo en relación a los criterios indemnizatorios de la letra «a» que se refieren al daño patrimonial (esto es, «las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios, que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor»). Este criterio indemnizatorio alternativo estaría justificado por la existencia de dificultades probatorias para fijar la indemnización conforme a los criterios previstos en el apartado «a» o por otras razones. En tal caso, ese carácter alternativo (y por tanto no acumulable) no afectaría al daño moral, cuya indemnización podría

reclamarse aunque se hubiera optado por el criterio de la letra «b», referenciado a la licencia hipotética. La reclamación de indemnización del daño moral habría de considerarse independiente del criterio indemnizatorio elegido por el perjudicado para la reparación del daño patrimonial, y podría acumularse a la reclamación de indemnización del daño patrimonial hecha con base en cualquiera de los criterios de las letras «a» o «b» del artículo 13.1 de la Directiva». Pero señala que «otra interpretación alternativa posible sería que la reclamación de indemnización del daño moral de forma independiente y acumulada a la indemnización del daño patrimonial solicitada por el segundo de los dos apartados del precepto sería admisible cuando el legislador interno hubiera transpuesto la Directiva de modo que esa segunda alternativa, la de la letra «b» del artículo 13.1 de la Directiva, consista exclusivamente en la cuantía de la licencia hipotética, como ha hecho el legislador español, puesto que la previsión de la Directiva es que ese criterio indemnizatorio (la licencia hipotética) sea el mínimo indemnizable («cuando menos», dice la Directiva). Y que, en tal caso, de existir daño moral, sería posible fijar como indemnización una cantidad a tanto alzado que añadiera al importe de la licencia hipotética el importe de la indemnización del daño moral».

A) La STJUE de 17 de marzo de 2016

Con carácter previo, las conclusiones sobre este Asunto fueron presentadas por el Abogado General, Melchor WATHELET, el 19 de noviembre de 2015, destacando la importancia para una interpretación sistemática de la Directiva que la indemnización persiga claramente la reparación de los daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción, para llegar a la conclusión de que «en el caso de autos, tanto el tenor del artículo 13, apartado 1, de la Directiva 2004/48 como su estructura, y una interpretación teleológica de dicha disposición, me conducen a pensar que esa disposición debe interpretarse en el sentido de que permite a cualquier perjudicado por una infracción de un derecho de propiedad intelectual reclamar la indemnización del daño moral causado, con independencia del método elegido para la indemnización del daño patrimonial». Entiende que la reparación de los daños y perjuicios «efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción» es compatible con esa acumulación de conceptos compensatorios, sin que se pueda hablar de daños punitivos, pues, en sus palabras, «en determinadas circunstancias, «el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión» refleja solo parcialmente el daño realmente sufrido por el titular del derecho de que se trata y no el que ha sufrido realmente». De igual modo, advierte que la exclusión de la posibilidad de acumular regalía hipotética y daño moral «tendría como consecuencia eliminar cualquier efecto disuasorio de la condena, ya que el autor de la infracción debería abonar al titular del derecho solamente el importe que habría debido abonarle si hubiera respetado el mencionado derecho, que podría ser inferior al daño real. En consecuencia, tal indemnización no sería conforme con el deseo del legislador de la Unión de garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado».

Con los precedentes ya analizados, la STJUE de 17 de marzo de 2016 ha contestado que el cálculo de la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular de un derecho de propiedad intelectual debe tener por objeto garantizar la reparación íntegra del perjuicio «efectivamente sufrido», es decir,

prevalece el principio de la *restitutio in integrum*, que permite indiscutiblemente, en el caso de la opción por el método de licencia hipotética, incluir en los conceptos indemnizatorios el eventual daño moral causado por el infractor.

En su fundamentación jurídica el TJUE parte de que «aunque [el tenor literal del artículo 13.1, párrafo segundo de la Directiva 2004/48/CE] no incluye el daño moral como elemento que las autoridades judiciales han de tener en cuenta cuando fijan la indemnización por daños y perjuicios que ha de abonarse al titular del derecho, tampoco excluye que se tenga en cuenta este tipo de daño. En efecto, esta disposición, al prever la posibilidad de fijar un importe a tanto alzado de la indemnización por daños y perjuicios «cuando menos» sobre la base de los elementos que en él se mencionan, permite incluir en dicho importe otros elementos, como, en su caso, la indemnización del daño moral causado al titular de dicho derecho». A modo de interpretación sistemática enfatiza en que tal conclusión se infiere también del análisis del párrafo primero del artículo 13.1 de la Directiva que permite a las autoridades judiciales competentes ordenar al infractor el pago al titular del derecho de propiedad intelectual perjudicado de una indemnización que resulte adecuada a los «daños y perjuicios efectivos que haya sufrido como consecuencia de la infracción». Por consiguiente, se traslada la cuestión a si el daño moral, siempre que se demuestre, constituiría un componente del «daño efectivo» que ha sufrido el perjudicado «como consecuencia de la infracción».

Esta aclaración sobre las cuestiones planteadas merece una valoración positiva, en cuanto ofrece una mayor seguridad jurídica, aunque procede la reflexión de CABRERA RODRÍGUEZ (2017, 27) de que «en la práctica, sin embargo, esa independencia entre la cuantificación del daño moral y el valor patrimonial de la obra sobre la que recaen los derechos infringidos se ve fuertemente relativizada por el funcionamiento del mercado». En otras palabras, superada esta cuestión, los operadores jurídicos deben centrarse en el farragoso tema de la cuantificación de los daños morales (OROZCO GONZÁLEZ, 2018).

B) La STS de 19 de julio de 2016

Contestada la cuestión prejudicial en el sentido analizado, nuestro Tribunal Supremo resuelve el Caso LIFFERS y su sentencia de 19 de julio de 2016 sienta doctrina en el sentido que el criterio de regalía hipotética elegido para la indemnización del daño patrimonial causado por la infracción del derecho de propiedad intelectual no impide la indemnización del daño moral que haya podido producirse.

Insiste en la idea de que el artículo 13 de la Directiva se refiere a la indemnización efectiva: «El adjetivo “efectivos” aplicado al concepto “daños y perjuicios” no parece compatible con la exclusión de la indemnización del daño moral cuando se haya optado por un criterio indemnizatorio, el de la licencia hipotética, que parece estar destinado a valorar exclusivamente daños patrimoniales, si las circunstancias que concurren muestran que es posible la existencia de un daño moral, que puede ser de mayor entidad incluso que el daño patrimonial».

Para este caso, en particular, entiende que las circunstancias concurrentes, concretamente la vulneración de derechos morales del autor tales como el derecho a la integridad de la obra y al reconocimiento de la autoría, el daño causado al prestigio y reputación del demandante por haberse utilizado una obra que pretendía ser poética en un documental sobre prostitución infantil, y la cuota de

audiencia de este documental en una cadena de televisión de ámbito nacional, son elementos que permiten afirmar que el demandante no solo sufrió perjuicios patrimoniales al resultar vulnerados sus derechos de explotación, sino también daños morales que no resultaron reparados con la exigua indemnización resultante de la aplicación del criterio de la licencia hipotética. En atención a lo cual, «dadas las circunstancias expresadas (gravedad del daño moral por sus características intrínsecas y por la divulgación del documental infractor), la indemnización de 10.000 euros se muestra adecuada y no excesiva, por lo que debe confirmarse, en este extremo, la sentencia de primera instancia».

2. EL CASO «OLAWSKA TELEWIZJA KABLOWA» (ASUNTO C-367/15) Y LOS DAÑOS PUNITIVOS

Como ya se pudo observar, en la resolución del Caso LIFFERS estuvo presente, aunque no de forma directa, la cuestión de un eventual avance de los daños punitivos en el discurso resarcitorio relativo a la propiedad intelectual. Esa preocupación fue puesta de relieve por el Abogado General WATHELET, cuando en el punto 28 de sus Conclusiones se refiere a ellos en los siguientes términos «a mi juicio, y sin que haya lugar aquí a condenar al autor de la infracción de un derecho de propiedad intelectual al pago de daños punitivos, es difícilmente rebatible que un daño moral, como, concretamente, un menoscabo de la reputación, pueda ser, siempre que se demuestre, un componente *per se* del daño realmente sufrido por el autor». Asimismo, manifiesta que la posibilidad de condenar al pago de daños punitivos es objeto de una controversia doctrinal.

A) *La función de la indemnización por daños en la propiedad intelectual en Europa. El caso Hamson*

El derecho de daños aplicado a la propiedad intelectual no aporta inicialmente más datos que la triple función de la responsabilidad civil: reintegradora, sancionadora y preventiva (o disuasoria) (ROCA, 2011, 22).

SALVADOR CODERCH (2000, 140) presenta los daños punitivos como una institución ajena a la tradición jurídica continental, y que «no resultan admisibles porque son una pena privada que se impone, en un proceso civil y al causante doloso o gravemente negligente de un daño, por un importe varias —a veces, muchas— veces superior al de la indemnización puramente compensatoria». Su aceptación es vista, por lo regular, como un elemento extraño, por lo que consideraciones de seguridad jurídica y de igualdad han desechado su introducción generalizada en el derecho europeo de daños (en España, RUBÍ PUIG, 2015, 673, ROCA, 2011, 24).

Es cierto que en los trabajos preparatorios para una futura reforma de la Directiva antipiratería se ha evidenciado el valor preventivo de mecanismos rápidos de respuesta a los problemas de vulneración de la propiedad intelectual, en la dinámica del «seguir la pista al dinero», con el fin de privar de sus flujos de ingresos a quienes vulneren la propiedad intelectual⁶, pero tampoco se abandona la perspectiva reparadora y resarcitoria de las medidas civiles de protección de los derechos de propiedad intelectual.

A la vista de la constatación de que son pocos los Estados miembros que de conformidad con el artículo 2.1 de la Directiva han adoptado normas más favorables a los titulares de derecho, el Informe de la Comisión Europea sobre la «Aplicación

de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual»⁷, de 22 de diciembre de 2010, reflexiona sobre la función del derecho de daños en la propiedad intelectual. Mantiene que «El principal objetivo de la concesión de daños y perjuicios es colocar a los titulares de derechos de propiedad intelectual en la misma situación en que habrían estado de no haberse cometido la infracción. Hoy en día, sin embargo, los beneficios de los infractores (enriquecimiento ilícito) parecen ser con frecuencia sustancialmente más elevados que el perjuicio real sufrido por el titular de los derechos. En esos casos, cabría plantearse si los tribunales deberían tener la potestad de conceder daños y perjuicios proporcionales al enriquecimiento ilícito del infractor, aunque sean superiores al perjuicio real sufrido por el titular de los derechos. Igualmente, podría ser conveniente recurrir en mayor medida a la posibilidad de conceder indemnizaciones por otras consecuencias económicas y daños morales».

También debemos tener en cuenta que el debate trasciende del derecho de autor y alcanza la propiedad industrial y el derecho de la competencia, sectores en que la cuestión de la función punitiva del derecho de daños también es objeto de posiciones encontradas.

Desde un punto de vista jurisprudencial, se puede destacar el Caso HANNSON, STJUE de 9 de junio de 2016.

El litigio que dio lugar a la cuestión prejudicial versaba una posible infracción del derecho del titular de una obtención vegetal. La controversia planteada ante el Tribunal europeo se centraba en la naturaleza de la indemnización y en los criterios para su cálculo, de acuerdo con el Reglamento 2100/94/CE relativo a la protección comunitaria de las obtenciones vegetales.

El TJUE niega la posibilidad de que el derecho de indemnización previsto en el artículo 94 del Reglamento pueda incluir el concepto de daños punitivos⁸, por referirse este a una reparación integral, señalando que tal interpretación concuerda con los objetivos de la Directiva 2004/48/CE, en particular con el contenido de su Considerando 26: «El objetivo no es instaurar una obligación de establecer indemnizaciones punitivas, sino permitir una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos realizados por el titular, como los gastos de identificación e investigación» (FJ 8).

Pues bien, como se analiza a continuación, la STJUE de 25 de enero de 2017, toma el mismo punto de partida, el Considerando 26, pero esta vez para afirmar que, si bien la Directiva 2004/48/CE es de mínimos, no impide —precisamente por lo que dice el mencionado Considerando— una protección a mayores que puede eventualmente incluir daños punitivos.

El debate está abierto.

B) La STJUE, de 25 de enero de 2017

Estamos en presencia de una cuestión prejudicial elevada al TJUE en el marco de un conflicto entre la entidad gestión del audiovisual polaca —concretamente la Asociación de Cineastas Polacos SFP (Stowarzyszenie Filmowców Polskich)⁹— y la Asociación Oławska Cable TV, sobre derechos remuneratorios relativos a la emisión de programas de televisión por cable. En particular, analiza la adecuación a la Directiva 2004/48/CE de la normativa polaca que autoriza al titular de los derechos de remuneración a instar el pago de una cantidad correspondiente al doble de la remuneración que habría debido abonar el infractor si hubiese solicitado la autorización para utilizar la obra afectada.

La regalía hipotética aplicable de acuerdo con el derecho polaco vigente en el momento del litigio incrementaba en el doble o incluso el triple¹⁰, la compensación acordada, según el criterio de reembolso de lo que hubiese tenido que pagar en caso de solicitar la autorización.

El Tribunal Supremo de Polonia pregunta si «¿Puede interpretarse el artículo 13 de la Directiva 2004/48 en el sentido de que el titular de derechos patrimoniales de autor que han sido vulnerados tiene la posibilidad de solicitar la reparación del daño que se le ha ocasionado con arreglo a los principios generales en la materia o bien, sin necesidad de demostrar el perjuicio y el nexo de causalidad entre el hecho que originó la vulneración de los derechos de autor y el perjuicio sufrido, de exigir el pago de una cantidad correspondiente al doble o, en el caso de una vulneración culposa de los derechos de autor, al triple de la remuneración adecuada, a pesar de que el artículo 13 de la Directiva 2004/48 establece que el órgano jurisdiccional resolverá sobre la indemnización por daños y perjuicios teniendo en cuenta los aspectos mencionados en el artículo 13, apartado 1, letra a), y, solo como alternativa a lo anterior, que podrá fijar los daños y perjuicios, cuando proceda, mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de los elementos mencionados en el artículo 13, apartado 1, letra b), de aquella? ¿Es posible, conforme al artículo 13 de la Directiva 2004/48, conceder una indemnización a tanto alzado por daños y perjuicios, a solicitud de la parte afectada, cuyo importe esté predefinido y constituya el doble o el triple de la remuneración adecuada, teniendo en cuenta que el considerando 26 de la Exposición de Motivos de dicha Directiva señala que el objetivo de la misma no es instaurar indemnizaciones punitivas?».

A los efectos que interesan en este trabajo, es relevante la segunda parte de la cuestión, en la que se indaga por la eventual naturaleza punitiva de la indemnización, con arreglo a los criterios de la legislación nacional analizada. Para contestar a esa cuestión, el TJUE, con carácter preliminar, destaca la naturaleza «de mínimos» de la Directiva 2004/48/CE, en el sentido de que nada impide que los Estados miembros puedan tomar medidas más protectoras. Y sostiene la idea de que «contrariamente a lo que parece considerar el órgano jurisdiccional remitente, el hecho de que la Directiva 2004/48 no conlleve la obligación, para los Estados miembro, de prever indemnizaciones llamadas «punitivas» no puede interpretarse como una prohibición de adoptar una medida de esta naturaleza» (FJ 28). Se trata de alcanzar que las medidas, procedimientos y recursos previstos por los Estados miembros sean efectivos, proporcionados y disuasorios (Considerando 21).

Es cierto que afirma que, en el caso concreto analizado, el hecho de que la regalía hipotética se cuantificase en el doble de las tarifas previamente fijadas para usos autorizados no significa necesariamente su naturaleza punitiva, en cuanto parece demostrado que, en ese litigio, el doble del canon hipotético equivale a una indemnización inferior a los perjuicios efectivamente sufridos.

Para cifrar el daño efectivamente causado han de valorarse, según las circunstancias, múltiples elementos¹¹, pero el mero pago de la cantidad correspondiente al doble de la remuneración adecuada que se habría debido abonar por la autorización para utilizar la obra afectada no parece garantizar, a juicio del Tribunal, una indemnización de todo el perjuicio realmente sufrido, de tal manera que difícilmente se podría hablar de un instrumento sancionador. En apoyo de esa tesis, hace constar que, en el procedimiento seguido, Oławska Telewizja Kablowa confirmó, en la vista, que el pago del doble del canon hipotético equivale en la práctica a una indemnización cuyo importe queda por debajo de lo que el

titular podría reclamar sobre la base de los principios generales de las normas indemnizatorias del derecho polaco aplicable a la contienda.

Ahora bien, pese a ese aparente alejamiento de las indemnizaciones punitivas, considero acertada la reflexión de DIAS PEREIRA (2017, 78) en el sentido de que la tendencia a la acumulación de conceptos indemnizatorios si no son daños punitivos, no están muy lejos de esa figura, y por lo menos favorecen tal perspectiva.

De todos modos, lo que aquí interesa es la contundencia de la respuesta a la cuestión prejudicial. El TJUE declara que: «El artículo 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional, como la controvertida en el litigio principal, con arreglo a la cual el titular de un derecho de propiedad intelectual vulnerado puede solicitar a la persona que ha vulnerado dicho derecho, bien la reparación del perjuicio sufrido, tomando en consideración todos los aspectos pertinentes del caso de que se trate, bien, sin que ese titular tenga que demostrar el perjuicio efectivo, el pago de una cantidad correspondiente al doble de la remuneración adecuada que se habría debido abonar por la autorización para utilizar la obra afectada».

Así las cosas, el Tribunal de Justicia incide, una vez más, en la calificación de la técnica armonizadora de la Directiva antipiratería como de mínimos, de acuerdo con los términos de su artículo 2.1, y mantiene que, al igual que los textos internacionales relevantes, como el Acuerdo ADPIC, los Estados miembros puedan adoptar normas que establezcan un mayor nivel de protección de los derechos, por ejemplo, en relación con el cálculo de las indemnizaciones derivadas de la infracción de la propiedad intelectual. Por esta razón, el hecho de que la Directiva 2004/48/CECE no obligue a los Estados miembros a prever una indemnización «punitiva» no puede interpretarse como una prohibición de introducir tal medida.

Con todo, y aquí está uno de los temas centrales en esta materia, si bien el TJUE parece abrir las puertas a los daños punitivos, sin embargo no avanza en conceptos y en la descripción de situaciones que permitan identificar cuándo la mera acumulación de criterios está dentro del marco de la reparación, sin llegar a parámetros verdaderamente punitivos (IZQUIERDO TOLSADA y ARIAS MÁIZ, 2015), en el sentido en que aparecen recogidos en la tradición del *common law* (SALVADOR CODERCH, 2000, 139).

Es más, para dejar constancia de que la cuestión dista de ser pacífica, no se puede dejar de tener presente que la Abogada General, Eleanor SHARPSTON, en sus Conclusiones presentadas el 24 de noviembre de 2016 a este Asunto C-367/15 no se mostró partidaria de la adecuación de los daños punitivos a la Directiva. Mantuvo que «1) La Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, debería interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece el pago automático de un importe predeterminado a un titular cuyos derechos han sido vulnerados, a instancia de ese titular, y sin que sea necesario que las autoridades judiciales competentes intervengan para fijar el importe de los daños y perjuicios de que se trata. 2) El artículo 3 y el artículo 13, apartado 1, letra b), de la Directiva 2004/48 deberían interpretarse en el sentido de que, en primer lugar, la carga de acreditar que las circunstancias del caso concreto justifican la concesión de una indemnización por daños conforme a la norma nacional equivalente a la letra b) del artículo 13, apartado 1, de la Directiva y

que, por tanto, «procede» actuar en ese sentido recae sobre el titular de derechos y, en segundo lugar, ambas disposiciones se oponen a una norma nacional según la cual un titular de derechos puede reclamar un importe predeterminado equivalente al doble o el triple de los derechos que se habrían debido pagar si el titular de los derechos hubiera autorizado el uso de la obra. No obstante, no invalidan una norma nacional que establece que el titular de derechos puede reclamar un importe limitado al doble o al triple de esa cantidad, siempre que ese titular pueda acreditar que el importe reclamado es proporcionado al daño soportado. La carga de probar que así sucede incumbe al titular de derechos. 3) El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2004/48 no autoriza a los Estados miembros a reconocer a favor de un titular cuyos derechos de propiedad intelectual han sido vulnerados un derecho a exigir una indemnización punitiva».

IV. CONCLUSIONES

I. La versatilidad procesal, siempre en paradigmas de seguridad, es fundamental para alcanzar soluciones efectivas. En ese sentido, la posibilidad del *statutory damages*, como es la denominada regalía hipotética— facilita el diseño de las estrategias procesales, y se ha reconocido como un instrumento especialmente adecuado para resarcir las infracciones en materia de propiedad intelectual.

II. Las disparidades actuales de criterios de indemnización por los daños causados a los titulares de derechos de propiedad intelectual por infracción de derechos de autor o conexos conducen a la debilitación del Derecho sustantivo de la propiedad intelectual¹². Ello provoca desconfianza hacia los remedios judiciales para reparar tales daños, y la merma de su función disuasoria¹³.

III. En el caso LIFFERS, la interpretación —a la luz de una lectura de la reparación integral del daño— de que la acumulación entre una indemnización por daños materiales calculado según el criterio de la regalía hipotética y una reparación por daños morales es acorde a la Directiva 2004/48/CE, debe valorarse muy positivamente y en clave de seguridad jurídica. Esta postura permite a los operadores jurídicos centrarse en la siempre compleja cuestión de la cuantificación de los derechos morales.

IV. El tema de la introducción de los daños punitivos en sede de propiedad intelectual estuvo presente en la construcción comunitaria de un derecho armonizado en esa materia, pero siempre con el recelo de abarcar en los sistemas continentales una técnica ajena a su tradición jurídica. Con todo, la dinámica internacional de los derechos de autor en el mercado único digital se abre imparablemente al incremento de remedios disuasorios de los daños, siendo inevitable el debate sobre la oportunidad de los daños punitivos.

El Asunto Olawaska parece desplegar vías para su reconocimiento en una futura revisión de la Directiva de *enforcement*, no obstante, la desconfianza hacia ese tipo de resarcimiento persiste tal y como se puede apreciar en la propia jurisprudencia del TJUE, y en la legislación comunitaria, evidenciado por la Directiva 2014/104/UE, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembro y de la Unión Europea, que recoge expresamente, en su artículo 3.3 que «el pleno resarcimiento no conllevará sobrecompensación bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo».

En todo caso, y como paso previo, es preciso alcanzar un consenso sobre el concepto y alcance de los daños punitivos en los diferentes sectores de la propiedad intelectual, industrial y en el derecho de la competencia, en cuanto que no todas las situaciones de acumulación de criterios indemnizatorios dan lugar a una pena privada, más allá de la función preventiva y disuasoria general del derecho de daños.

V. Una última reflexión sobre el proceso de revisión de la Directiva 2004/48/CE, en el sentido de que, en la agenda europea relativa al mercado único digital, si bien se debe valorar positivamente el incremento del enfoque «sigue la pista al dinero» en el conjunto de medidas preventivas de la extensión de los daños ocasionados por explotaciones no autorizadas —principalmente aquellas realizadas en escala comercial—, ello no debe desplazar a un plano secundario la necesaria actualización de los instrumentos armonizadores en materia de medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENGOT VILAPLANA, A. Artículo 140. En: F. Palau Ramírez y Guillermo Palao Moreno (dirs.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1606-1612.
- CABRERA RODRÍGUEZ, J. (2017). Daño moral por infracción de derechos de propiedad intelectual. *Pe.i Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 57, 13-34.
- CARRASCO PERERA, A. (2007). Artículo 140. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª ed., Madrid: Tecnos.
- CARRASCO PERERA, A. y DEL ESTAL SASTRE, R. (2017). Artículo 140. En: R. Bercovitz (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 4ª ed., Madrid: Tecnos, 1855-1872.
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). Artículo 140. En: J.M. Rodríguez Tapia (Dir.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 868-882.
- DÍAS PEREIRA, A. L. (2017). Aplicação efetiva dos direitos de autor e conexos (*enforcement*), *PIDCC*, Aracaju, Ano VI, Vol. 11, núm. 2, 62-83.
- MADRIÑÁN VÁZQUEZ, M. (2015) *La sucesión post mortem auctoris de los derechos morales*, Madrid: Reus.
- MORETÓN SANZ, F. (2013), Autores de obras de artes plásticas no aplicadas y sucesión *mortis causa*, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 737, 1913-1946.
- OROZCO GONZÁLEZ, M. (2018), *Actualidad Civil*, núm. 4. Consultado en LA LEY 3266/2018.
- ROCA, E. (2011), *Derecho de Daños. Textos y materiales*, 6ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- SALVADOR CODERCH, P. (2000), Punitive damages, *AFDUAM*, núm. 4, 139-152.
- VENDRELL CERVANTES, C. (2012), La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, 1107-1244.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. y ARIAS MÁIZ, V., Responsabilidad civil por daños a la propiedad intelectual (2014). En: *Tratado de Responsabilidad Civil*. 5ª ed. Thomson Reuters Aranzadi. Consultado en ebook BIB 20143.

VI. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE (Sala Quinta) de 25 de enero de 2017. Caso Stowarzyszenie «Oławska Telewizja Kablowa» contra Stowarzyszenie Filmowców Polskich. Ponente: M. BERGER. Asunto C-367/15 (TJCE\2017\26).
- STJUE (Sala Quinta) de 28 de julio de 2016. Caso United Video Properties Inc contra Telenet NV. Ponente: M. BERGER. (TJCE 2016\322).
- STJUE (Sala Quinta) de 9 de junio de 2016. Caso Jørn Hansson contra Jungpflanzen Grünewald GmbH. Ponente: E. LEVITS (TJCE 2016\261).
- STJUE (Sala Quinta) de 17 de marzo de 2016. Caso Christian LIFFERS contra Producciones Mandarin, S.L. y Mediaset España Comunicación, S.A. Ponente: M. BERGER. Asunto C-95/15 (TJCE 2016\58).

TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia núm. 501/2016, de 19 de julio (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ponente: Rafael SARAZA JIMENA.
- Sentencia núm. 155/2014, de 19 de marzo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ponente: Rafael SARAZA JIMENA (*RJ* 2014, 2525).
- Sentencia núm. 993/2011, de 16 de enero (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ponente: Jesús CORBAL FERNÁNDEZ.
- Sentencia núm. 284/2010, de 17 de mayo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ponente: Juan Antonio XIOL RÍOS (*RJ* 2010, 3900).
- Sentencia núm. 706/2010 de 18 de noviembre (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL (*RJ* 2010, 9169).
- Sentencia núm. 95/2009, 2 de marzo de 2009 (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ponente: José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL (*RJ* 2009, 2789).
- Sentencia núm. 964/2000, de 19 de octubre (Sala de lo Civil). Ponente: Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL (*RJ* 2000, 7733).
- STS núm. 363/1998, de 22 de abril (Sala de lo Civil). Ponente: Francisco MORALES MORALES (*RJ* 1998, 2598).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Alicante 21/2018, de 16 de enero (Sección 8ª). Ponente: Luis Antonio SOLER PASCUAL. *JUR* 2018, 143575
- SAP de Burgos núm. 268/2017, de 17 de mayo. Ponente: Ildelfonso Jerónimo BARCALA FERNÁNDEZ DE PALENCIA (*AC* 2017, 814).
- SAP de Madrid núm. 54/2017, de 6 de febrero (Sección 28ª). Ponente: Pedro María GÓMEZ SÁNCHEZ (*AC* 2017, 462).
- SAP de Murcia núm. 444/2016, de 14 de julio (Sección 4ª). Ponente: Rafael FUENTES DEVESA (*AC* 2016, 1399).
- SAP de Baleares núm. 236/2015, de 22 de octubre (Sección 5ª). Ponente: Santiago OLIVER BARCELÓ (*AC* 2015, 1612).
- SAP de Madrid núm. 63/2015, de 27 de febrero (Sección 28ª). Ponente: Ángel GALGO PECO (*AC* 2015, 351).

- SAP de Baleares núm. 309/2010, de 30 de julio (Sección 5ª). Ponente: Santiago OLIVER BARCELÓ (AC 2010, 1442).
- SAP de Álava núm. 306/2010, de 14 de junio (Sección 1ª). Ponente: Edmundo RODRÍGUEZ ACHUTEGUI (AC 2010, 1618).
- SAP de Vizcaya núm. 187/2009, de 10 de marzo (Sección 4ª). Ponente: Ignacio OLASO AZPIROZ (AC 2009, 225).
- SAP núm. 580/2007, de 28 de noviembre (Sección 5ª). Ponente: Ramón ROMERO NAVARRO (AC 2008, 306).
- SAP de Vizcaya núm. 558/2007, de 24 de julio (Sección 4ª). Ponente Lourdes ARRANZ FREIJO (AC 2007, 2373).
- SAP de Barcelona de 28 de enero de 2000 (Sección 15ª). Ponente: José Luis CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ (AC 2000, 134).

NOTAS

¹ Para fundamentar esa conclusión cita el Documento de trabajo de los servicios de la Comisión (DTSC), «Evaluación de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual SWD (2017) 431.

² En asuntos de plagios relativos a trabajos universitarios donde el grado de coincidencia de los textos, el plagiado y el falsario, en más de una ocasión no permite concretar adecuadamente los perjuicios económicos efectivos de la infracción de los derechos de explotación, es frecuente que la misma venga acompañada de una vulneración de los derechos morales, principalmente de paternidad, pero en ocasiones también de integridad de la obra copiada, por lo que se fija una indemnización por daños morales.

En el caso de la SAP de Burgos de 17 de mayo de 2017, se trataba de la copia de un trabajo de suficiencia investigadora que no le hubiera reportado al actor ningún beneficio económico, aun en el supuesto de no haber existido la infracción, de modo que «Lo que procede es indemnizar el daño moral, que es procedente en todo caso conforme al artículo 140. Para la cuantificación del daño moral han de tenerse en cuenta las circunstancias, la gravedad y el grado de difusión. Teniendo en cuenta todo ello se estima adecuada la cantidad de 3.000 euros. Se trata de indemnizar el daño causado por dos publicaciones, en el libro sobre las leyes de Burgos y en la *Revista Jurídica de Castilla y León*. Además se han lesionado dos derechos, el de reproducción y el derecho moral de autor; este último al ocultar el nombre del autor. Por ello se indemniza 1.000 euros por cada una de las dos publicaciones y 1.000 euros por la lesión del derecho moral de autor» (FJ 5º).

También se puede consultar la SAP de Murcia de 14 de julio de 2016, en la que el trabajo fin de máster de la demandada se limita a la reproducción —literal en su gran parte— de algunos particulares de la obra de la actora, sin que esté amparado por el derecho de cita, y en la que la indemnización por ese plagio parcial alcanza exclusivamente los daños morales.

³ Cfr. el Considerando 26 de la STJUE de 25 de enero de 2017.

⁴ Escapa al cometido de este trabajo, pero es un tema de interés, el daño moral *post mortem*. Vid. las reflexiones de CABRERA RODRÍGUEZ (2017, 21), MADRIÑÁN VÁZQUEZ (2015) y MORETÓN SANZ (2013), sobre si con el fallecimiento del autor, la defensa de los derechos morales sigue conservando su naturaleza de «daño moral de autor», en el sentido del artículo 140.1.b) TRLPI.

⁵ Manifiesta que «las dudas interpretativas se veían acrecentadas porque las legislaciones de algunos Estados miembro, al transponer la Directiva, han establecido criterios alternativos de indemnización del daño patrimonial causado por la infracción de los derechos de propiedad intelectual, a elección del perjudicado, en desarrollo de lo previsto en los apartados “a” y “b” del artículo 13.1 de la Directiva, pero permiten que pueda formularse acumuladamente la solicitud de indemnización del daño moral cualquiera que sea el módulo o criterio indemnizatorio del daño patrimonial elegido por el perjudicado. Así se

establece, por ejemplo, en el artículo 97.2 de la Ley de Propiedad Intelectual alemana, el artículo 158 de la Ley núm. 633 de 1941 de Italia o el artículo L331-1-3 del Código de la Propiedad Intelectual francés».

El considerando 10 de la Directiva establece como objetivo de la misma «aproximar dichas legislaciones para garantizar un nivel de protección de la propiedad intelectual elevado, equivalente y homogéneo en el mercado interior». Una lectura del artículo 13.1 de la Directiva como la efectuada por la Audiencia, que difiera de la llevada a cabo en otros Estados miembros y que otorgue una protección significativamente menor de los derechos de propiedad intelectual, podría poner en peligro este objetivo.

Por tal razón, al tratarse de un tribunal cuyas sentencias no son susceptibles de ser recurridas, la Sala decidió plantear la cuestión al TJUE.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo «Hacia un consenso renovado sobre el respeto de los derechos de propiedad intelectual: Un plan de acción de la UE», Estrasburgo, 1 de julio de 2014 COM(2014) 392 final, anteriormente citada.

⁷ Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones SEC(2010) 1589 final (COM[2010] 779 final).

⁸ El Sr. HANNSON pretendía una indemnización en concepto de recargo por infracción, a cargo de la demandada, consistente en un recargo sobre el canon, de un importe equivalente a la mitad de la cuantía del canon reclamado, es decir, 33.115,89 euros, más los intereses de demora, y al reembolso de los gastos relacionados con el procedimiento por valor de 1.967,35 euros, más los mismos intereses.

⁹ La SFP es una entidad de gestión colectiva de derechos de autor autorizada en Polonia y facultada para gestionar y proteger los derechos de autor relativos a obras audiovisuales. Por su parte, OTK emite programas de televisión a través de la red de cable en el territorio de la ciudad de Oławska.

¹⁰ En su redacción originaria se admitía incluso el triple de la indemnización, pero como explica la STJUE analizada, una sentencia del Tribunal Constitucional polaco encontró inconstitucional el precepto respecto de la indemnización en el triple de los daños causados.

Concretamente, la Ley sobre derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor), de 4 de febrero de 1994, decía que: «(1) El titular de los derechos patrimoniales de autor que se hayan visto vulnerados podrá exigir al infractor: [...] 3. La reparación del perjuicio causado: a) con arreglo a los principios generales en la materia, o b) mediante el pago de una cantidad correspondiente al doble o, en el caso de una infracción culposa de sus derechos patrimoniales de autor, al triple de la remuneración adecuada que se habría debido abonar, en el momento de solicitarse, por la autorización para utilizar la obra, concedida por el titular de los derechos; [...]».

¹¹ Idea desarrollada en el FJ 30 «el mero pago, en el supuesto de una vulneración de un derecho de propiedad intelectual, del canon hipotético no puede garantizar una indemnización de todo el perjuicio realmente sufrido, dado que el pago de ese canon, por sí solo, no garantiza ni el reembolso de los eventuales gastos vinculados a la investigación e identificación de posibles infracciones, evocados en el considerando 26 de la Directiva 2004/48, ni la indemnización de un posible daño moral (véase, a este último respecto, la sentencia de 17 de marzo de 2016, LIFFERS, C-99/15, EU:C:2016:173, apartado 26), ni tampoco el pago de intereses por las cantidades adeudadas».

¹² Este extremo es puesto de manifiesto en la descripción del Marco jurídico, en la sentencia del Caso «Oławska Telewizja Kablowa»: «De las consultas realizadas por la Comisión sobre esta cuestión se desprende que en los Estados miembro aún persisten, pese al Acuerdo sobre los ADPIC, importantes disparidades por lo que respecta a los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual. Así, de un Estado miembro a otro varía considerablemente la forma de aplicar las medidas provisionales que se utilizan principalmente para proteger las pruebas, y lo mismo sucede con el cálculo de los daños y perjuicios o las formas de aplicación de los mandamientos judiciales. En algunos Estados miembro no existen medidas, procedimientos ni recursos como el derecho de información y la retirada, a expensas del infractor, de las mercancías litigiosas que hubieran accedido al mercado» Apartado 6 (7).

¹³ Sobre la función disuasoria de las indemnizaciones ex Directiva 2004/48/CE, *vid.*, la STJUE de 28 de julio de 2016 (Caso United Video Properties Inc.). Respecto de la legislación procesal belga en materia de costas procesales en este tipo de litigios afirma que «el efecto disuasorio de una acción por violación de derechos de la propiedad intelectual se vería disminuido en grado sumo si solo pudiera condenarse al infractor a reembolsar una pequeña parte de los honorarios de abogado y gastos de asistencia letrada razonables que haya pagado el titular del derecho de propiedad vulnerado» Apartado 6 (7).

La inhabilitación del concursado persona física culpable*

The disqualification of the bankrupt debtor natural person

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS
*Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid*

RESUMEN: La calificación del concurso de acreedores como culpable conlleva como efecto necesario la inhabilitación del deudor persona física para representar a cualquier persona y para administrar patrimonios ajenos durante un periodo de dos a quince años. Se trata de una sanción civil a un ilícito civil en materia de insolvencia que determina la imposibilidad (prohibición) de ostentar la representación voluntaria de terceros, así como la representación de personas jurídicas (asociaciones, fundaciones) o de patrimonios (patrimonio separado colectivo en que consiste la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal o patrimonio protegido de las personas con discapacidad). Igualmente, si bien no impide ostentar la patria potestad sobre los hijos (en lo referente a los deberes y derechos de educación, cuidado, asistencia...) o la tutela de la persona de menores o incapacitados, sí que impide la administración de sus bienes y el ejercicio de funciones representativas en la esfera patrimonial. Asimismo, por aplicación de las causas de inhabilitación de los tutores, la declaración de concurso culpable impide ostentar el cargo de curador o defensor judicial. La prohibición de administrar bienes ajenos conlleva igualmente la imposibilidad de actuar como defensor del desaparecido o representante legítimo o dativo del ausente. Así como la de gestionar el patrimonio colectivo ganancial, gestión que corresponderá al otro cónyuge, por resolución judicial, ante la situación subjetiva de imposibilidad permanente de prestar consentimiento en que se encuentra el cónyuge concursado culpable.

ABSTRACT: *The culpable qualification of the bankruptcy supposes the disqualification of the debtor natural person to represent any person and to manage other people's assets during a period of 2 to 15 years. It is a civil penalty to a civil illicit in insolvency that determines the prohibition of holding the voluntary representation of third parties, as well as the representation of legal entities (associations and foundations), or of patrimonies (collective separate patrimony in which the community of owners consists in horizontal property regime or protected heritage of people with disabilities). In the same way, although it does not prevent exercising parental authority over children, (in relation to the duties and rights of education,*

* 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.

care, assistance ...) or the guardianship of the person of minors or disabled persons, it does prevent the administration of their goods and the exercise of representative functions in the patrimonial sphere. Also, by application of the causes of inability of the tutors, the culpable qualification of the bankruptcy prevents the position of curator or judicial defender. The prohibition of administering the property of others also entails the impossibility of acting as the defender of the disappeared person or as the legitimate or dative representative of the absentee. It also implies the prohibition to administer assets of collective property of marriage, corresponding management to the other spouse, by judicial resolution, in the face of the subjective situation of permanent inability to give consent in which the disqualified spouse finds himself.

PALABRAS CLAVE: Concurso culpable. Inhabilitación. Administración de bienes ajenos. Representación.

KEY WORDS: *Culpable bankruptcy. Disqualification. Administration of property of others. Representation.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. BREVE REFERENCIA A LA FINALIDAD Y ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL: 1. FINALIDADES QUE CUMPLE LA APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL. 2. HECHOS QUE DETERMINAN LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO. 3. LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN.—III. TRÁMITES FUNDAMENTALES DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN.—IV. NATURALEZA DE LA INHABILITACIÓN.—V. EFICACIA DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN: 1. EFICACIA TEMPORAL. EL *DIES A QUO* PARA EL CÓMPUTO DE LA SANCIÓN. 2. EFICACIA MATERIAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE ORDEN CIVIL DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN: A) *Consecuencias en relación con el ejercicio de la patria potestad y administración de bienes excluidos de la administración paterna.* B) *Consecuencias en relación con las instituciones de la tutela, la curatela y el defensor judicial.* C) *Consecuencias en relación con el ejercicio de la defensa del desaparecido y la representación legal del ausente.* D) *Consecuencias en relación con el contrato de mandato.* E) *Consecuencias en relación con la administración y disposición del patrimonio colectivo ganancial.* F) *Consecuencias en relación con la representación legal de las comunidades de propietarios.* G) *Otras consecuencias.* 3. CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO MERCANTIL.—VI. SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN.—VII. LA INEFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL INHABILITADO INFRINGIENDO LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN.—VIII. LA PUBLICIDAD DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN.—IX. CONCLUSIONES.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La inhabilitación del concursado culpable constituye la «*respuesta principal del ordenamiento*» frente a quienes realizan actos incompatibles con una buena administración o infringen deberes inherentes a una correcta administración. Constituye una sanción personal y temporal que solo opera en caso de *concurso culpable* y con el límite temporal de 15 años. La LC se aparta así del criterio del CCom de 1885 según el cual, declarada la quiebra, el quebrado quedaba inhabilitado para la admi-

nistración de sus bienes de forma indefinida (art. 878 CCom), salvo que obtuviera la rehabilitación¹. Los poderes de administración y disposición sobre los propios bienes no se recuperaban con la conclusión del procedimiento sino con la rehabilitación, a la que no podían acceder los quebrados cuya quiebra fuera calificada de fraudulenta². Por su parte, el artículo 13 del CCom señalaba que no podrían ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: «... 2.º *Los declarados en quiebra, mientras no hayan obtenido la rehabilitación*, o estén autorizados, en virtud de un convenio aceptado en junta general de acreedores y aprobado por la autoridad judicial, para continuar a frente de su establecimiento; entendiéndose en tal caso limitada la habilitación a lo expresado en el convenio». Es decir, la prohibición de ejercer el comercio se anudaba también a la mera declaración de la quiebra. La LC en cambio, dando nueva redacción a este artículo 13 del CCom, vincula la prohibición de ejercer el comercio a la sentencia de calificación del concurso como culpable³.

En el ámbito de la actual LC la inhabilitación «...constituye una medida represiva — sancionadora y preventiva que, en el ámbito subjetivo, afecta, a pesar de la escasa claridad del precepto, tanto *al concursado persona natural*» como a *sus representantes legales* (art. 164.1 LC)⁴.

«... La inhabilitación se impondrá por el juez en sentencia motivada a aquellas personas que, con dolo o culpa grave, hubieran generado o agravado la insolvencia, o, sin más, a aquellos a quienes resulte imputable cualquiera de los actos o hechos ilícitos *ex artículo 164.2 y 165 LC*»⁵. Se refiere concretamente a la inhabilitación el artículo 172.2.2.º LC, que señala:

«La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos:

...2.º. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio, así como a la declaración culpable en otros concursos.

En caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal, excepcionalmente, la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada.

*En el caso de que una misma persona sea inhabilitada en dos o más concursos, el periodo de inhabilitación será la suma de cada uno de ellos»*⁶.

También el artículo 173 de la LC, bajo la rúbrica «Sustitución de los inhabilitados», prescribe:

«Los administradores y los liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados cesarán en sus cargos. Si el cese impidiese el funcionamiento del órgano de administración o liquidación, la administración concursal convocará junta o asamblea de socios para el nombramiento de quienes hayan de cubrir las vacantes de los inhabilitados».

II. BREVE REFERENCIA A LA FINALIDAD Y ÁMBITO OBJETIVO Y SUBJETIVO DE LA CALIFICACIÓN CONCURSAL

1. FINALIDADES QUE CUMPLE LA APERTURA DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN CONCURSAL

La sección de calificación concursal (Título VI de la LC, arts. 163 a 175 LC) tiene por objeto determinar *si el concurso del deudor fue fortuito, o sea, debido*

a factores externos, o bien culpable, debido a una mala praxis en la gestión del patrimonio del concursado, bien por el propio deudor concursado (persona física) o su representante legal, bien por los órganos de gestión del deudor persona jurídica (administradores o liquidadores, de hecho y de derecho, apoderados generales, o quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso) o de sus socios conforme al artículo 165.2 LC.

Un segundo objetivo, si el concurso es declarado culpable, consiste en aplicar determinadas consecuencias jurídicas sobre las personas afectadas por la calificación (los gestores del patrimonio del deudor, teniendo presente que dicho gestor puede ser el propio deudor) y sus cómplices. Estas consecuencias son de *índole personal* (inhabilitación de las personas afectadas por la calificación *para administrar los bienes ajenos* durante un periodo de dos a quince años, *así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo*; así como el cese de los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada que sean inhabilitados) y/o patrimonial (Vid., arts. 172, 172 bis y 173 LC)⁷.

Cabe afirmar que la regulación sobre calificación culpable del concurso pretende «el fomento de las buenas prácticas empresariales y la proscripción de ciertos comportamientos que resultan intolerables para el tráfico mercantil»⁸. Por ello, el juicio de calificación concursal pretende analizar la gestión del patrimonio del concursado a fin de verificar si el deudor, o sus gestores, han traspasado «los límites del riesgo permitido en la gestión del propio patrimonio y en perjuicio de sus acreedores»⁹.

También pretende «eliminar todas las consecuencias negativas que hayan podido sufrir los acreedores integrados en la masa pasiva del concurso por el comportamiento antijurídico del deudor o de los gestores de la persona jurídica»¹⁰. Y así el artículo 172 bis de la LC, prevé que cuando la sección de calificación se hubiera formado o reabierto como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores o apoderados generales de la persona jurídica concursada, así como a los socios que hubieren frustrado la consecución de un acuerdo de refinanciación de los previstos en el artículo 71.bis.1 o en la disposición adicional 4.^a, o de un acuerdo extrajudicial de pagos, a la cobertura total o parcial del déficit concursal (créditos no cubiertos por la liquidación concursal)¹¹.

Y se trata también de proteger el orden público económico, lo que explicaría la imposición de sanciones civiles como la inhabilitación¹².

2. HECHOS QUE DETERMINAN LA CALIFICACIÓN CULPABLE DEL CONCURSO

El artículo 164.1 LC contiene una cláusula general según la cual «el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave», bien sea del deudor o de sus gestores.

Junto a esta cláusula general, el artículo 164.2 LC contiene unas presunciones *iuris et de iure* de concurso culpable, y el artículo 165 LC, unas presunciones *iuris tantum* de concurso culpable. De manera que «la prueba de la realización de cualesquiera de los comportamientos descritos en cualquiera de los ordinales del apartado 2 del artículo 164 (v.gr. doble contabilidad, alzamiento de bienes, aportación de documentos falsos al concurso), debe servir, por sí sola, para la declaración culpable del concurso»¹³. En cuanto a los comportamientos descri-

tos en el artículo 165 LC son indiciarios, esto es, permiten presumir que no se observó una gestión ordenada y que, por lo tanto, el concurso es culpable, pero cabe probar lo contrario¹⁴.

De acuerdo con el artículo 172.1 LC «la sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación» (arts. 164 y 165 LC)¹⁵.

3. LAS PERSONAS AFECTADAS POR LA CALIFICACIÓN

Un segundo pronunciamiento que contiene la sentencia de calificación es el de las personas afectadas por la calificación (*vid.*, art. 164.1 LC), así como, en su caso, la de las declaradas cómplices (arts. 166 y 172.2.1.º LC). De acuerdo con el artículo 166 LC «se consideran cómplices las personas que, con dolo o culpa grave, hubieran cooperado con el deudor o, si los tuviere, con sus representantes legales y, en caso de persona jurídica, con sus administradores o liquidadores, tanto de derecho como de hecho, o con sus apoderados generales, a la realización de cualquier acto que haya fundado la calificación del concurso como culpable». Es preciso además que dicha cooperación se haya realizado con dolo o culpa grave¹⁶.

Señala MARÍN DE LA BÁRCENA que «los declarados cómplices perderán sus derechos como acreedores concursales o de la masa, devolverán lo indebidamente obtenido del patrimonio del deudor o recibido de la masa activa y serán condenados a indemnizar los daños y perjuicios causados (art. 172.2.3.º y 3). Sin embargo, no sufrirán ni la inhabilitación (art. 172.2.2.º LC) ni la responsabilidad concursal (art. 172 bis), pues estas consecuencias se reservan para los encargados de la gestión...»¹⁷.

III. TRÁMITES FUNDAMENTALES DE LA SECCIÓN DE CALIFICACIÓN

La formación de la Sección Sexta se ordena en la misma resolución judicial por la que se aprueba el convenio, el plan de liquidación o se ordena la liquidación conforme a las normas legales supletorias (art. 167.1 LC). Por excepción, no procede la apertura de la Sección si se trata de un convenio en el que se establece para todos los acreedores o para los de una o varias clases, una quita inferior a un tercio del importe de los créditos o una espera inferior a tres años. Esto es, la sección se abre en caso de aprobarse un convenio especialmente gravoso.

Cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la calificación del concurso como culpable (art. 168.1 LC). Explica MARÍN DE LA BÁRCENA que «las alegaciones que realicen los interesados (generalmente acreedores) solo tendrán por finalidad informar a la administración concursal» de «hechos relevantes para la calificación del concurso» y «sugerir un determinado sentido de la calificación», pero propiamente solo en el informe de la administración concursal y en el dictamen del MF pueden formularse *propuestas de resolución sobre las causas y consecuencias de la calificación*¹⁸.

La administración concursal debe presentar un informe sobre los hechos relevantes para la calificación del concurso con propuesta de calificación del concurso como fortuito o culpable. En este caso, deberá identificar a las personas a las que deba afectar la calificación y a los cómplices y determinar los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por dichas personas (art. 169.1 LC).

Emitido este informe, el Ministerio Fiscal debe emitir *dictamen* oponiéndose o no a la propuesta de calificación. Si no emite su dictamen en plazo se entenderá que no se opone a la propuesta de calificación verificada por la administración concursal (art. 169.2 LC).

Si el informe de la administración concursal y el dictamen del MF coinciden en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites ordenará por auto el archivo de las actuaciones, sin que contra tal auto quepa recurso alguno (art. 170.1 LC). En cualquier otro caso, el juez dará audiencia al deudor y ordenará emplazar a todas las personas que pudieran ser afectadas por la calificación o declaradas cómplices a fin de que comparezcan en la Sección si no lo hubieren hecho con anterioridad y se les dé vista del contenido de la Sección para que puedan formular alegaciones (art. 170.2 y 3 LC).

Si el deudor o alguno de los comparecidos formulan oposición a la propuesta de calificación, se sustanciará por los trámites del incidente concursal, lo que significa que se celebrará vista de calificación, con objeto de proponer y practicar prueba¹⁹. Si no se formulase oposición, el juez dictará sentencia en el plazo de 5 días.

El informe de la administración concursal y el dictamen del MF operan como si de una demanda se tratase, a la que contestan las personas afectadas por la calificación en sus escritos de oposición, las cuales no podrán ser juzgadas por causas o hechos no alegados por la administración concursal o el MF²⁰.

La sentencia de calificación determinará si el concurso fue fortuito o culpable (art. 172.1). En este caso, determinará las personas afectadas por la calificación y sus cómplices, «de entre las incluidas en la propuesta de resolución de la administración concursal y/o el MF» y se pronunciará sobre las consecuencias ligadas a la calificación, para lo cual, la sentencia deberá limitarse a «estimar total o parcialmente o rechazar las propuestas formuladas por la administración concursal y el MF, con la excepción de aquellas que deben imponerse de oficio, en todo caso porque expresan cuestiones de orden público: las sanciones de inhabilitación (art. 172.2.2.º LC) y la pérdida de derechos como acreedores concursales o de la masa (art. 172.2.3.º LC)»²¹. Un contenido posible de la sentencia (de acuerdo con los principios de justicia rogada y congruencia de la sentencia) es «la devolución de los bienes y derechos indebidamente obtenidos del patrimonio o recibidos de la masa activa» (art. 172.2.3.º LC)²². También cabe incluir la condena a indemnizar los daños y perjuicios causados por las personas afectadas por la calificación y sus cómplices (arts. 172.2.3.º y 172.3 LC)²³. Finalmente, de acuerdo con el artículo 172 bis LC, y como hemos señalado antes, cuando la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la liquidación, el juez podrá condenar a todos o algunos de los administradores, liquidadores o apoderados de la persona jurídica concursada, y a sus socios en el caso del artículo 165.2 LC, que hubieran sido declarados personas afectadas por la calificación, a la cobertura total o parcial, del déficit concursal. «La norma tiene por finalidad neutralizar las consecuencias negativas para los acreedores de comportamientos de gestión que hayan sido determinantes de un traslado o un incremento indebido del riesgo empresarial»²⁴.

La sentencia de calificación es apelable, estando legitimado para recurrir cada pronunciamiento individual de la misma el afectado por aquel. Pero si a instancia de cualquier parte personada, incluido el deudor, se revoca la sentencia declarando el concurso fortuito, «la eficacia de la revocación se extenderá a todos los afectados por la sentencia (*cf.* STS de 9 de junio de 2016)»²⁵.

La ejecución de la sentencia se regula en el artículo 172 bis.2 LC, que señala que «la legitimación para solicitar la ejecución de la condena corresponderá a la administración concursal. Los acreedores que hayan instado por escrito de la administración concursal la solicitud de la ejecución estarán legitimados para solicitarla si la administración concursal no lo hiciere dentro del mes siguiente al requerimiento». Todas las cantidades que se obtengan a través de la ejecución de la sentencia de calificación se integrarán en la masa activa del concurso (art. 172. bis.3 LC) «con la finalidad de atender al pago de los créditos de modo conforme a las reglas de prelación»²⁶.

IV. NATURALEZA DE LA INHABILITACIÓN

Señala MARÍN DE LA BÁRCENA que «la inhabilitación es una consecuencia automática de la declaración culpable del concurso que se impondrá de oficio en su duración mínima legal (dos años) si no hay petición de la administración concursal o del MF (*cf.*, tras posiciones contradictorias de la jurisprudencia menor, STS de 18 de marzo de 2015)»²⁷. En efecto, teniendo presente el verbo «*contendrá*», en imperativo, que utiliza la ley al hablar de los pronunciamientos que necesariamente debe contener la sentencia de calificación, el Tribunal Supremo «ha valorado la relación que media entre esta sanción y el principio dispositivo o de justicia rogada, advirtiendo que la inhabilitación concursal constituye, a decir de la de 1 de junio de 2015, un *pronunciamiento necesario*. Con ello viene a ponerse de manifiesto que tal efecto personal no está sujeto a las exigencias derivadas de aquel principio de justicia rogada. Por lo tanto, el juez siempre deberá pronunciarse sobre tal extremo con independencia de que tal pretensión se hubiera omitido por parte de la administración concursal o del MF» si bien la omisión de la solicitud de imposición de esta pena en la propuesta de resolución que deben formular administración concursal y MF (art. 169 LC), de acuerdo con el principio de justicia rogada, daría lugar a que la pena impuesta de oficio no excediese del mínimo legalmente establecido^{28, 29}.

Se trataría de una sanción civil pensada para el deudor persona física, o su representante legal, o para los administradores personas físicas de la persona jurídica concursada. También podría imponerse a la persona jurídica administradora de la concursada, pero no se impondría a la persona jurídica concursada (art. 164.1 en relación con el art. 172.1.1.º y 2.º LC). Tampoco a los cómplices, como ya se ha indicado³⁰.

La naturaleza de la inhabilitación se deduciría con toda claridad de la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, y sería la de una sanción³¹. Así, MARÍN DE LA BÁRCENA la califica como «una pena civil, sujeta a los principios de legalidad, tipicidad, irretroactividad o retroactividad de la norma más favorable, interpretación restrictiva y prohibición de la analogía (art. 4.2 del Código Civil)»³².

Ciertamente se trata de una sanción civil *a un ilícito civil en materia de insolvencia*. Como señala PARRA LUCÁN «el legislador ha querido establecer una separación entre los ilícitos penales y civiles en materia de insolvencia»³³. El Código Penal prevé en sus artículos 259 a 261 bis diversos tipos para sancionar los ilícitos penales en materia de insolvencia. Disponiendo el artículo 259.4 Código Penal que el delito descrito en los apartados 1, 2 y 3 del precepto «solamente será perseguible cuando el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado su concurso», pudiendo perseguirse (art. 259.5 Código Penal) «sin esperar a la conclusión del concurso y sin perjuicio

de la continuación de este», debiendo incorporarse el importe de la responsabilidad civil derivada de dichos delitos a la masa del concurso. Y concluyendo el artículo 295.6 Código Penal que «en ningún caso, la calificación de la insolvencia en el proceso concursal vinculará a la jurisdicción penal». Extremo este que también afirma la LC en su artículo 163.2, al señalar que «la calificación no vinculará a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal que, en su caso, entiendan de actuaciones del deudor que pudieran ser constitutivas de delito».

De acuerdo con el artículo 178.1 LC se trataría de una limitación de las facultades patrimoniales del deudor, pero que obedecería a una finalidad sancionatoria de la conducta del deudor (art. 172 LC). Ya no se trataría de asegurar el buen fin del concurso y la conservación e incremento de la masa activa (art. 21 LC en relación con los arts. 43 y 44 LC) o el buen fin del convenio (art. 137 LC) o de la liquidación (art. 145.1 LC) sino de sancionar (fin punitivo) al insolvente que ha causado un daño a la colectividad, al interés público y al orden público y evitar (fin preventivo) que personas que han demostrado una inhabilidad culpable en el tráfico, puedan seguir actuando en el mismo, representando a otras personas o administrando sus bienes.

La doctrina califica la inhabilitación, no como una incapacidad de obrar sino como una *prohibición* para administrar bienes ajenos, «que encontraría su fundamento en la incapacidad demostrada en la gestión del propio patrimonio y en la necesidad de proteger a los titulares de aquellos patrimonios de una posible administración descuidada»³⁴. La situación sería distinta a la de incapacidad de obrar *precisamente porque cabe rehabilitación del concursado culpable, una vez cumplida la sanción*³⁵.

No obstante, la doctrina considera que es una discusión estéril la de si la inhabilitación debe ser calificada como un supuesto de incapacidad de obrar o de otro modo, salvo que se quiera aplicar de forma analógica un determinado régimen de ineficacia ante una ausencia de declaración expresa del legislador al respecto (así, el de anulabilidad si se considerase que estamos ante una incapacidad de obrar). Mas antes de recurrir a la analogía habría que aplicar la regla general supletoria del artículo 6.3 del Código Civil en relación con el artículo 4.3 del Código Civil³⁶.

V. EFICACIA DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

1. EFICACIA TEMPORAL. EL *DIES A QUO* PARA EL CÓMPUTO DE LA SANCIÓN

Señala el artículo 178 LC que concluido el concurso, cesan todas las limitaciones de las facultades de administración y disposición del deudor subsistentes, *salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación*. Según GARCÍA VICENTE, con la ley 38/2011, «se esclarece el *dies a quo* de cómputo del periodo de inhabilitación, aunque no en su sede más apropiada (La Ley concursal) sino en el modificado artículo 13.2 CCom, que es la sentencia «firme», punto en que se legaliza cierta jurisprudencia concursal»³⁷. También considera que el *dies a quo* del cálculo de la pena comienza con la firmeza de la sentencia, MARÍN DE LA BÁRCENA³⁸. Sin embargo, MUÑOZ PAREDES matiza que si bien la sanción de inhabilitación es pronunciamiento constitutivo de la sentencia de calificación, siendo eficaz desde la firmeza de la sentencia, el cómputo de la pena debería verificarse, no desde la firmeza de la sentencia, sino desde la inscripción en el Registro Mercantil, «para introducir seguridad jurídica y armonizar la esfera in-

terna —el conocimiento por el administrador de su condena— y la externa —el conocimiento por el tráfico»³⁹.

Si bien es cierto que la inscripción en los Registros públicos determina la oponibilidad *erga omnes* de la misma y su cognoscibilidad legal, lo cierto es que el efecto de la sentencia, siendo constitutiva, se produce desde la firmeza de la misma (pues no es susceptible de ejecución provisional, art. 521 LEC).

La inhabilitación cesará, según FERNÁNDEZ PÉREZ, «cuando concluido el periodo fijado en la sentencia, el juez mediante nueva resolución judicial declare la rehabilitación»⁴⁰. Pero MACHADO PLAZAS considera que no se exige rehabilitación alguna, o lo que es lo mismo, que esta se produciría automáticamente sin necesidad de nueva sentencia constitutiva⁴¹. Esta parece ser la solución adoptada por el RRM cuyo artículo 325.4 señala que «los asientos relativos a la calificación del concurso de acreedores serán cancelados por el registrador, de oficio o instancia de parte, una vez transcurrido un mes desde la fecha en que hubiera finalizado la inhabilitación».

Los actos realizados antes de la sentencia firme de calificación serán válidos, «sin perjuicio de las normas propias del régimen representativo, orgánico, contractual o legal, de que se trate, al margen del propio régimen concursal de las limitaciones patrimoniales desde la declaración de concurso»⁴². Así, los actos que el concursado hubiese realizado desde la declaración de concurso (que le sometió a intervención o suspensión de acuerdo con el artículo 40 LC, en relación con los bienes de la masa activa), respecto del patrimonio de los hijos menores que estén bajo su potestad, y antes de que recaiga la sentencia firme de calificación, *serán válidos*, mas no así los celebrados sobre tal patrimonio, una vez recaída tal sentencia. En este sentido, *Cfr.*, SAP de Barcelona, sección 15.^a, de 27 de abril de 2007⁴³.

2. EFICACIA MATERIAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE ORDEN CIVIL DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

«La inhabilitación implica una limitación de la persona afectada para administrar patrimonios de terceros y también para representar a otras personas»⁴⁴. En este sentido, la SAP de Barcelona (sección 15.^a) de 27 de abril de 2007 ha indicado:

«Para interpretar el alcance de esta inhabilitación debemos atender al sentido de la calificación concursal, que viene determinado por la consideración del interés público afectado por la insolvencia de un deudor común. Antes y ahora, la insolvencia de un deudor común, máxime si se trata de un comerciante, por sus consecuencias perniciosas para la economía de la comunidad y para la particular de sus acreedores, se consideraba y se considera una defraudación del crédito recibido. La seguridad del tráfico exige que cuando esta defraudación ha sido provocada por una conducta dolosa o culposa del deudor o de las personas que actúan por él, o han incurrido en alguna de las conductas que la Ley equipara para calificar culpable el concurso, los responsables sean apartados temporalmente del tráfico económico, y en concreto de: la realización del comercio y de formar parte de un órgano de administración de una compañía mercantil (art. 13.2 CCom); y de la administración de patrimonios ajenos, o de la representación o administración de cualquier persona (art. 172.2.2.º LC). *No se le considera digno de administrar los bienes e intereses económicos de otros, ya sean personas físicas o compañías o demás entidades jurídicas que actúan en el*

tráfico, durante el tiempo impuesto en la sentencia de calificación, que no será inferior a dos años ni superior a quince...

Conviene aclarar que la referencia del artículo 172.2.2.º LC a la representación y administración de cualquier persona, debe entenderse con el calificativo de «patrimonial». Cuando se habla de inhabilitación «para representar o administrar a cualquier persona» se refiere siempre a una representación patrimonial, esto es, aquella que legitima para disponer de los bienes de otro, lo que se complementa con la simple administración de estos bienes. Una y otra facultad patrimonial, la de representar los intereses ajenos y disponer de ellos, así como la simple administración se ven afectados por la inhabilitación».

Se apartaría, pues, a las personas afectadas por la calificación de cualquier tipo de representación, legal, voluntaria u orgánica⁴⁵, más no se las inhabilita para administrar su propio patrimonio. La inhabilitación para administrar el propio patrimonio se preveía en el Anteproyecto y en el Proyecto de ley concursal, incluso con el nombramiento de un curador, pero esta limitación fue suprimida en la tramitación parlamentaria⁴⁶.

A) *Consecuencias en relación con el ejercicio de la patria potestad y administración de bienes excluidos de la administración paterna*

Corresponde a los padres, ya ostenten la patria potestad normal, prorrogada o rehabilitada, la representación legal y la administración de sus hijos (arts. 154 y 171 del Código Civil en relación con los arts. 162 y 164 del Código Civil). «...Si el ejercicio de la patria potestad es conjunto, corresponderá al otro progenitor *gestionar* el patrimonio de los hijos *in potestate*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 156.4 del Código Civil, según el cual *en defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro*»⁴⁷. Esto es, poniendo en relación dicho artículo 156.4 con el 162.3.º y 164 del Código Civil y con el artículo 172.2.2.º LC, resultará que el concursado culpable tendrá la representación legal del hijo en potestad, salvo en lo referente a los *bienes excluidos de la administración paterna por razón de la inhabilitación para administrar bienes ajenos que le ha impuesto la sentencia de calificación, de manera que la gestión de tales bienes, y la representación en relación con los mismos, corresponderá al otro progenitor pero el concursado culpable podrá ejercitar los restantes deberes y facultades que comprende la patria potestad (art. 154.1.1.º del Código Civil: velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación íntegra)*. Debiendo los padres administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios, cumpliendo las obligaciones de todo administrador y las especiales establecidas en la LH (art. 164 del Código Civil), es claro que la sentencia de calificación de concurso culpable evidencia la inhabilitación del concursado para cumplir este mandato, y de ahí que la gestión de los bienes de los hijos *in potestate* corresponda al otro progenitor.

Como los padres solo pueden disponer de los bienes de los hijos, en los términos del artículo 166 del Código Civil, siempre que se trate de bienes que estén bajo su administración⁴⁸, es claro que los actos dispositivos sobre los bienes de los hijos del concursado culpable, deberán ser realizados por el padre que ostenta su administración.

En este sentido se pronuncia la SAP de Barcelona, sección 15.ª, de 27 de abril de 2007:

«Como el artículo 172.2.2.º LC prevé la inhabilitación «para representar o administrar a cualquier persona», sin hacer distinción, debemos entender que afectará no solo al ejercicio de la tutela o administración patrimonial de menores e incapaces, sino también al ejercicio de las facultades patrimoniales de la patria potestad, que quedarán suspendidas durante el tiempo que dure la inhabilitación. Consiguientemente, el inhabilitado no dejará de representar personalmente al menor, salvo para los actos de contenido patrimonial, esto es, no podrá disponer ni administrar los bienes de sus hijos, pero sí cumplir con el resto de los deberes de la patria potestad. Del mismo modo que en la tutela cabe deslindar la tutela personal de la administración patrimonial, de modo que el inhabilitado podría ejercer la tutela personal pero no la administración patrimonial, y así deberían interpretarse los preceptos legales relacionados con las causas de inhabilitación para ser tutores, que fueron redactados obviando la posibilidad de separar estas dos funciones, el padre o la madre inhabilitada por una sentencia de calificación puede seguir con los deberes previstos en el artículo 154 del Código Civil, con el matiz de que la representación del menor no alcanza al patrimonio de este, que no puede ni disponer ni administrar, y así hay que interpretar los artículos 162 y 164 del Código Civil». ... «Si bien durante el tiempo en que dure la inhabilitación puede seguir siendo cotitular de una cuenta corriente junto con sus hijos, no puede disponer de los fondos que correspondan a los menores, pues a ellos alcanza la inhabilitación».

«... Pero, insistimos, sí puede realizar otros actos de representación del menor que no afectan al patrimonio de este último. La inhabilitación no supone una suspensión ni una privación de la patria potestad, aunque sí afecta a algunas de las facultades que constituyen su contenido, por lo que las que no se vean afectadas por la inhabilitación pueden y deben ser ejercitadas por el concursado, como son las que refiere en su última pregunta la parte apelante «autorizar salidas extraescolares de los menores, apuntarlos a un gimnasio y/o colonias de verano...».

En igual sentido, SAP de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 1 de julio de 2008.

Consecuencia de lo anteriormente citado es que tampoco podría un concursado culpable llevar a cabo la administración de bienes adquiridos a título gratuito por unos hijos *in potestate*, cuando el disponente hubiese excluido tales bienes de la administración de sus padres (art. 164.2.1 del Código Civil) y hubiese designado como administrador precisamente al luego declarado concursado culpable. Cabría en este supuesto aplicar por analogía el artículo 164.2.2.º *in fine* del Código Civil, y proceder al nombramiento de un administrador judicial especialmente nombrado (en defecto de previsión expresa del disponente).

E igualmente no cabría que el concursado declarado culpable que hubiese sido previamente designado como administrador por el causante de la herencia, administrase los bienes adquiridos por hijos *in potestate*, en la sucesión *mortis causa* de aquel en que uno o ambos de sus padres hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad (art. 164.2.2.º del Código Civil en relación con los arts. 756 y sigs. y 852 y sigs. del Código Civil). En tal supuesto, la administración de los bienes correspondía, en defecto del concursado culpable, al progenitor no desheredado o no indigno, o a un administrador judicial especialmente nombrado (art. 164.2.2.º *in fine* del Código Civil).

B) Consecuencias en relación con las instituciones de la tutela, la curatela y el defensor judicial

De acuerdo con el artículo 241 del Código Civil «podrán ser tutores las personas que se encuentren en pleno ejercicio de sus derechos civiles y en quienes

no concurra alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos 243 a 246 del Código Civil, previendo el artículo 244.5.º del Código Civil como causa de inhabilidad el tratarse de *quebrado y concursado no rehabilitado, salvo que la tutela lo sea solamente de la persona*. Por su parte, el artículo 291 del Código Civil señala que «son aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores». Y que «no podrán ser curadores los quebrados y concursados no rehabilitados». Igualmente, el artículo 301 del Código Civil señala que «serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores». Estas referencias de los preceptos citados al *quebrado o concursado no rehabilitado deben entenderse hechas no al declarado en concurso (art. 21.1.2.º LC), sino al concursado declarado culpable*⁴⁹, pese a lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera de la LC⁵⁰.

La calificación culpable del concurso es, pues, causa de inhabilidad para el desempeño de la tutela (art. 241 y 244.5.º del Código Civil) o bien, causa de remoción del tutor (art. 247 del Código Civil) pues «serán removidos de la tutela los que después de deferida *incurran en causa legal de inhabilidad...*», debiendo el juez, de oficio, o a solicitud del MF, del tutelado, o de otra persona interesada, decretar la remoción del tutor previos los trámites señalados en el artículo 248 del Código Civil, pudiendo durante la tramitación del expediente de remoción, suspender en sus funciones al tutor y nombrar al tutelado un defensor judicial *ex* artículo 249 del Código Civil (lo que parece sería lo procedente en este caso para impedir la invalidez de los actos de administración que durante el proceso de remoción pudiera seguir verificando el tutor). Declarada judicialmente la remoción, se procederá al nombramiento del nuevo tutor de acuerdo con lo previsto en los artículos 234 y 235 del Código Civil.

PAU PEDRÓN sostenía sobre la inicial redacción del artículo 172.2.2.º LC que hablaba de «inhabilitación... para administrar los bienes ajenos... así como para representar o *administrar a cualquier persona...*», que la expresión «administrar a cualquier persona», se contraponen a «administrar los bienes» y que, aunque incorrecta, «podría entenderse referida a la tutela de la persona», *por lo que no cabría que el concursado culpable fuese tutor solo de la persona*⁵¹. Pero esta última mención a la administración de cualquier persona desapareció del artículo a raíz de la reforma operada en el mismo por la Ley 38/2011, por lo que podría pensarse que afectando la inhabilitación del artículo 172.2.2.º LC a representaciones legales, el efecto de la inhabilitación se circunscribiría solamente a la administración o representación *de esferas jurídicas ajenas en el ámbito patrimonial* (GARCÍA VICENTE), y por similitud con lo previsto para la patria potestad, cabría que el concursado culpable fuera *tutor de la persona*. Actuando entonces cada tutor independientemente en el ámbito de su competencia (actos de educación y cuidado personal del pupilo/actos de administración de su patrimonio), tomando conjuntamente las decisiones que conciernan a ambos (*arg. ex* art. 236.1.º en relación con los artículos 267, 269, 270, 271 y 272 del Código Civil).

Así, la SAP de Barcelona, sección 15.ª, de 27 de abril de 2007, señala: «El artículo 172.2.2.º LC proyecta la sanción de inhabilitación para la representación y administración patrimonial de «cualquier persona», sin hacer distinción, por lo que no se ciñe a la representación voluntaria, de una persona física o jurídica, ni a la representación orgánica, sino que alcanza también a la representación legal. De hecho, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal ya se preveía la situación de quiebra o concurso como una causa de inhabilidad para ser tutor (art. 244.5.º del Código Civil), y ahora, conforme a la disposición adicional primera, regla 2.ª, estas referencias a «quebrados y concursados» hay que entenderlas referi-

das a deudor concursado de la nueva Ley. Y según el artículo 247 del Código Civil la concurrencia de alguna causa de inhabilitación sobrevenida, como en este caso la inhabilitación sancionada en la sentencia de calificación concursal, constituye causa de remoción del cargo de tutor. Aunque ya hemos matizado que ello ocurrirá en los casos en que no esté desdoblada la función de representación y asistencia personal, de la de representación y administración patrimonial, pues de estarlo, la causa de inhabilitación y por lo tanto de remoción solo lo sería para el cargo de administrador patrimonial del menor o incapaz, sujeto a tutela».

En igual sentido, SAP de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 1 de julio de 2008.

En relación con el nombramiento de curador o defensor judicial GUILARTE MARTÍN-CALERO señala que «en el caso del curador, aunque dentro de sus funciones, en principio, no se incluye la administración del patrimonio sometido a curatela, en virtud de lo dispuesto en el artículo 291 del Código Civil que declara aplicable a la curatela las normas sobre nombramiento, inhabilitación, excusa y remoción de los tutores, se excluye al concursado culpable del desempeño de este cargo tutelar. Lo mismo debe concluirse respecto del defensor judicial que no asuma la administración del patrimonio pues para este cargo el artículo 301 reproduce lo dispuesto en el citado artículo 291 del Código Civil»⁵².

C) Consecuencias en relación con el ejercicio de la defensa del desaparecido y la representación legal del ausente

Señala GUILARTE MARTÍN-CALERO que «la prohibición de administrar bienes ajenos que al concursado pueden corresponderle por mandato legal alcanza a instituciones como la ausencia ... que exigen el nombramiento de persona que se encargue de la administración del patrimonio del desaparecido, del ausente...; en todos estos casos, quedaría el concursado declarado culpable inhabilitado para desempeñar tal función de administración y gestión, de suerte que si ya la desempeña, la calificación culpable exigirá la remoción del cargo y se procederá a un nuevo nombramiento (art. 247 del Código Civil), y si todavía no lo fuera, queda excluido del llamamiento»⁵³. La autora, apoyándose en DELGADO ECHEVARRÍA, considera que esta solución es aplicable al representante legítimo del ausente, pues «aunque el artículo [185.2 del Código Civil] declara aplicables a los representantes dativos los preceptos que regulan el ejercicio de la tutela y las causas de inhabilitación, excusa y remoción de los tutores,... esta distinción entre el representante dativo y legítimo debe limitarse al distinto alcance de los derechos y obligaciones...» que tienen uno y otro⁵⁴.

En efecto, por un lado, el defensor del desaparecido y el representante legal del ausente deben ser personas solventes y de buenos antecedentes (*arg. ex art. 181.2 in fine y 184 in fine del Código Civil*), lo que excluiría el nombramiento del concursado culpable como tal. Pero además, el artículo 185.2 del Código Civil aplica las causas de inhabilitación de los tutores a los representantes dativos del ausente, no existiendo razón para no aplicarlas al representante legítimo, pues la diferencia entre unos y otro radica en el origen de su representación (en cómo se defiere esta). El representante legítimo es designado por el juez conforme a la elección hecha por la ley en el artículo 184.1 del Código Civil mientras que el representante dativo es dado por el prudente arbitrio judicial (art. 184.2 del Código Civil)⁵⁵. Las diferencias de régimen jurídico entre uno y otro atañen, pues a sus derechos y obligaciones (arts. 185, 186, 187 y 188 y 274 del Código Civil en relación con el art. 185.2 del Código Civil). Así, el representante dativo tiene la

remuneración propia de un tutor mientras que el representante legítimo disfruta de la posesión temporal del patrimonio del ausente.

D) *Consecuencias en relación con el contrato de mandato*

De acuerdo con el artículo 1732.3.º del Código Civil, el mandato se extingue «por concurso o insolvencia de mandante o mandatario». En este caso, señala PAU PEDRÓN, al tratarse de contrato basado en la confianza y afectando la declaración de concurso a tal confianza, con independencia de la calificación posterior del concurso como culpable o fortuito, «es lógico que la declaración de concurso sea, por sí misma, causa de extinción del contrato»⁵⁶.

Según PARRA LUCÁN, si es el mandante quien es declarado en concurso, dado el artículo 40 LC, «parece razonable que cese la posibilidad del mandatario nombrado con anterioridad de vincular un patrimonio sobre el que el titular ya no tiene la libre administración. El interés protegido es el de la masa, pero es discutible si el acto celebrado por el representante del deudor, que ha dejado de serlo como consecuencia de la declaración de concurso, debe equipararse a los actos otorgados por el deudor; o si, por el contrario, ..., estaríamos más bien ante un acto otorgado por quien carece de poder de representación (art. 1259 del Código Civil) ...En el primer caso, el acto quedaría sometido al régimen de anulabilidad previsto en el artículo 40.7 LC (y sería provisionalmente eficaz, aunque sujeto a impugnación)⁵⁷, mientras que, en el segundo, para la producción de efectos, sería precisa la ratificación, en la que debería participar la administración concursal, atendiendo a la situación de intervención o sustitución adoptada por el juez (art. 40 LC)⁵⁸. En este último caso, además, el juego de la regla contenida en el artículo 1738 del Código Civil supondría la plena eficacia de los concertados por el mandatario que ignorase la extinción del mandato con terceros de buena fe»⁵⁹.

Si es el mandatario quien es declarado en concurso, en principio no deberían deducirse del artículo 40 LC consecuencias directas para el mandato porque las limitaciones de dicho precepto se refieren a los bienes del mandatario integrados en la masa activa, pero dada la idea de confianza que está en la base del mandato, la cual desaparece con la declaración de concurso, resulta lógica la extinción del mandato⁶⁰. Pero como el interés protegido por tal extinción es el del representado parecería adecuado atender al régimen del artículo 1259 del Código Civil⁶¹.

Finalmente hay que indicar que la calificación culpable del concurso a la que se anuda la prohibición de administrar bienes ajenos se configuraría como circunstancia impeditiva de la celebración futura de este contrato, así como del otorgamiento de poderes de representación al concursado culpable, pues el mandante (o el poderdante) no podrían salvar la prohibición legal (norma imperativa), que impide al concursado culpable administrar patrimonios ajenos⁶².

E) *Consecuencias en relación con la administración y disposición del patrimonio colectivo ganancial*

Para GUILARTE MARTÍN-CALERO, «debe quedar excluido del ámbito de la prohibición [del art. 172.2.2.º LC] la administración de la sociedad de gananciales, pues, si bien los bienes y derechos que la integran no se atribuyen a cada cónyuge en exclusiva, hasta el momento de la liquidación de aquella, durante el régimen la titularidad de los mismos corresponde al marido y a la mujer, se trata, pues,

de bienes propios aunque no privativos. Cuestión distinta es que el cónyuge no inhabilitado, motivado por distintas razones, prefiera poner fin a la sociedad de gananciales y opte por solicitar ante la autoridad judicial la disolución de la misma, alegando, precisamente, *que el otro cónyuge ha sido declarado en concurso de acreedores, bastando en este caso, para que el juez acuerde la disolución que el cónyuge que la pidiere presente la correspondiente resolución judicial, según establece el artículo 1393 del Código Civil*⁶³. En cambio, no podrá solicitar que le sea conferida la administración de la sociedad de gananciales, pues el cónyuge cuyo concurso haya sido calificado de culpable «no responde a ninguna de las previsiones del artículo 1888 del Código Civil»⁶⁴.

Sin embargo, pensamos que sería posible otra solución diversa. En efecto, a las personas afectadas por la calificación culpable del concurso solo se les permite gestionar *su propio patrimonio personal*. Y por lo tanto, el patrimonio privativo, pero no el ganancial (patrimonio colectivo⁶⁵) que, en caso de concurso culpable del deudor persona física, hubiere podido restar tras el cumplimiento del convenio o la liquidación concursal (*arg. ex* artículo 77.2 LC), *el cual deberá ser administrado por el consorte que no pidió la disolución del régimen (arts. 77.2 y 94.2 in fine LC y artículos 1388 y 1389 del Código Civil), al estar aquel imposibilitado jurídicamente para prestar consentimiento válido para todos y cada uno de los actos de administración y disposición de bienes comunes (arg. ex. 1376 y 1377 del Código Civil que se refieren a la sustitución del consentimiento del cónyuge impedido para prestarlo, por autorización judicial, solo en casos puntuales)*.

Como señala LINACERO DE LA FUENTE, «la regla general de gestión conjunta de la sociedad de gananciales se exceptúa en determinados supuestos de gestión individual por uno solo de los cónyuges»⁶⁶, siendo uno de estos casos el de «transferencia de la potestad de gestión sobre los bienes gananciales a un solo cónyuge por ley o por la autoridad judicial (arts. 1387 y 1388 del Código Civil).

En estos casos, el fundamento de la actuación individual en la gestión no se justifica por la naturaleza del acto, sino por circunstancias extraordinarias relativas a la *situación personal de uno de los cónyuges... de modo análogo a los casos en que se prevé el ejercicio individual de la patria potestad (art. 156.4 del Código Civil)*»⁶⁷.

De acuerdo, pues, con el artículo 1388, por decisión de los Tribunales se podrá conferir la administración de la sociedad de gananciales a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento, lo que la autora considera puede deberse a incapacidad, ausencia, abandono de familia, separación de hecho; concretando el artículo 1389 del Código Civil «el ámbito de poder del cónyuge gestor»⁶⁸. Precisamente, al referirse el artículo 1387 a los supuestos de incapacidad y ausencia, como señala la autora, *la inhabilitación por concurso culpable aparece así como una imposibilidad jurídica de prestación del consentimiento diversa de la incapacidad y subsumible en el artículo 1388 del Código Civil*.

F) *Consecuencias en relación con la representación legal de las comunidades de propietarios*

Las comunidades de propietarios tienen la consideración de patrimonio separado colectivo, como ha resaltado la RDGRN de 26 de julio de 2017. Quiere esto decir que se trata de un patrimonio que no pertenece a una persona física o jurídica (asociación o fundación), lo que sería un patrimonio personal, sino que

es un patrimonio que *pertenece a una colectividad formada por varias personas, la cuales constituyen un grupo*, pero sin llegar dicho grupo a tener personalidad jurídica diferenciada de los miembros que lo componen. Y es patrimonio separado porque forma un conjunto de relaciones jurídicas aisladas (por ley) del patrimonio personal de cada uno de los integrantes del grupo, conjunto de relaciones jurídicas afectado a una responsabilidad por deudas determinadas (las que contraiga la comunidad de propietarios) y sometido a un régimen de administración especial (por los órganos comunitarios). Además este patrimonio separado es de creación legal, no de creación voluntaria⁶⁹. Este patrimonio colectivo tiene una representación en el tráfico en la persona del presidente de la comunidad⁷⁰.

Sentado lo anterior, parece que el presidente de la comunidad de propietarios (y representante en juicio y fuera de juicio de este patrimonio colectivo) no puede ser el concursado culpable sujeto a inhabilitación, por lo que debería abstenerse de tomar posesión del cargo o solicitar su relevo al juez (si la Junta no admitiera su inhabilitación) en los términos del artículo 13.2 LPH⁷¹. En caso de que la declaración de concurso culpable y consiguiente inhabilitación se produjera durante el mandato del presidente, corresponderá a la Junta remover al presidente (art. 14.a) LPH) y proceder a un nuevo nombramiento, siendo sustituido entretanto por el vicepresidente (art. 13.4 LPH).

G) Otras consecuencias

Cabe también señalar la imposibilidad del concursado culpable de ser administrador del patrimonio protegido de las personas con discapacidad⁷², patrono de una fundación⁷³ o representante legal de una asociación civil⁷⁴. Incluso pueden verse también consecuencias en el ámbito del Derecho de sucesiones, en relación con la administración de la herencia («albacea al que el testador atribuye la administración de la herencia hasta la división y adjudicación a los herederos» o «administrador nombrado por acuerdo entre los coherederos o por designación judicial»)⁷⁵.

3. CONSECUENCIAS EN EL ÁMBITO MERCANTIL

El inhabilitado por sentencia firme, mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación, «no podrá ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales» (art. 13 CCom), lo que supone «una prohibición de ejercicio de actividades empresariales», incluidas, según MARÍN DE LA BÁRCENA, las actividades profesionales o autárquicas [como sería la administración de comunidades de propietarios]⁷⁶.

VI. SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

En caso de convenio, si así lo hubiere solicitado la administración concursal, excepcionalmente la sentencia de calificación *podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa* o como administrador de la sociedad concursada, «si la continuidad en el cargo de la persona afectada es precisa para la continuidad de la actividad inherente a la aprobación del convenio»⁷⁷, no afectando a su capacidad para desempeñar el cargo las sanciones de inhabilitación impuestas

en otros concursos⁷⁸. Se trata de una suspensión de la sanción de inhabilitación introducida por la Ley 38/2011⁷⁹, y que había admitido la jurisprudencia aplicando por analogía la suspensión de la ejecución de las penas (SJM núm. 7 de Madrid, de 11 de abril de 2008)⁸⁰.

Si por hipótesis no se otorgase tal autorización al empresario convenido persona física, la actividad empresarial debería continuar (*arg. ex art. 44 LC*), pero no existiendo un precepto para la persona física empresaria equiparable al artículo 173 LC, el juez tendría que nombrar, «para actuar al frente de la empresa, a personas distintas de los administradores concursales», entre otras razones, porque la sanción de inhabilitación puede durar más allá de la terminación del concurso por cumplimiento del convenio, mientras que las funciones de los administradores concursales solo podrían durar como mucho lo que el convenio (arts. 133.2, 139, 141 y 176.1.2.º LC y 178.1 LC)⁸¹. En relación con los bienes personales del empresario persona física, integrados en la masa del concurso, la existencia de convenio habría hecho recuperar al deudor sus facultades de administración y disposición sobre tales bienes, excluidos del giro o tráfico de la empresa, (art. 133.2 LC, salvo lo dispuesto en el art. 137 LC), sin que la sentencia de calificación afectase a la gestión de los mismos (art. 172.2 LC).

La autorización a la que se refiere el artículo 172.2.2.º II LC es una autorización «de contenido distinto y propio al eventualmente previsto en el propio convenio (art. 133 LC)»⁸², limitándose los efectos de la autorización a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga. Dicha autorización no suspendería la duración de la inhabilitación, «que transcurre y se computa durante el tiempo en que ejerza tales funciones»⁸³.

Para FERNÁNDEZ PÉREZ se trata de una *rehabilitación parcial* del inhabilitado pues «seguirá inhabilitado para ocupar determinados puestos de gestión o administración, y limitado en temas de patria potestad... [u otros que hemos indicado]»⁸⁴.

VII. LA INEFICACIA DE LOS ACTOS REALIZADOS POR EL INHABILITADO INFRINGIENDO LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN

Como la Ley no establece ninguna ineficacia específica en relación a los actos que el inhabilitado pueda realizar infringiendo la sanción de inhabilitación, la doctrina, ante el silencio del legislador al respecto, se inclina por aplicar la norma prevista en el artículo 6.3 del Código Civil, según el cual los actos contrarios a normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno derecho «salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención», lo que como hemos indicado, no ocurre en este caso⁸⁵.

Aunque la doctrina, pues, sobre la base de la consideración de la inhabilitación como una prohibición de administrar bienes ajenos califica el acto contrario a la sentencia como nulo, PARRA LUCÁN considera inadecuado este enfoque, pues ello permitiría alegar la nulidad a los que contrataron con el inhabilitado cuando realmente la norma pretende proteger a los *falsamente representados (titulares de patrimonios ajenos)*, por lo que procedería más bien aplicar el artículo 1259 del Código Civil, entendiéndose que el inhabilitado no puede ostentar ni la representación de aquellos ni comprometer su patrimonio, *pero que estos sí podrían, si les interesase, ratificar el acto otorgado en su nombre*⁸⁶.

En cuanto a los actos realizados por el deudor empresario individual contra la prohibición de ejercer el comercio cuando el concurso ya hubiera concluido (y

hubiera, en su caso, terminado la autorización indicada en el artículo 172.2.2.º. II serían también nulos⁸⁷ al predominar el interés de los terceros y la seguridad del tráfico⁸⁸.

PARRA LUCÁN, siguiendo al profesor ROJO, considera que el sancionar con nulidad los actos de comercio del inhabilitado carece de sentido ya que tal nulidad podría ser alegada por el propio infractor para negarse a cumplir y por otro lado, al tercero que contrata con él, puede interesarle hacer valer la acción de cumplimiento o de resolución, y no la acción de nulidad. No tendría sentido que una prohibición que pretende «limpiar el mercado de sujetos que merecen escasa confianza, deba acabar perjudicando a quien ha contratado con él»⁸⁹. Sin embargo la doctrina en defensa de la sanción de nulidad matiza las consecuencias de la misma indicando que el propio inhabilitado no podría invocar tal nulidad «en razón de la buena fe objetiva (arts. 7.1 del Código Civil y 11 LOPJ), manifestada en particular en la regla *tu quoque o nemo turpitudinem*, esto es, *inadmisible que quien infringió la norma procure después obtener provecho o ventaja de la infracción*»⁹⁰. Lo que solventaría, por lo menos en parte, la objeción anterior.

VIII. LA PUBLICIDAD DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN.

La sentencia de calificación culpable del concurso, con su efecto de inhabilitación, debe inscribirse en los distintos registros públicos por la trascendencia que tiene para los terceros que pueden contratar con el inhabilitado.

La Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil, no se refiere expresamente a la inhabilitación sino más bien a las limitaciones de las facultades del concursado impuestas por el auto declaratorio del concurso (art. 72.2 LRC), pero de los amplios términos del artículo 4.10.º de la misma (en relación con lo previsto en el artículo 3.5 y 10 y 11 del Reglamento del Registro Público concursal), cabría entender que prevé también la publicidad de la sentencia que declara el concurso culpable de persona física⁹¹.

En relación con el Registro de la Propiedad, «la Ley no prevé la inscripción registral de la sentencia de calificación. No obstante, esa inscripción, que habría de hacerse en el impropiaamente llamado libro de Incapacitados, sería útil a efectos de calificación: a) si se trata de *concurtido no empresario*, porque permitiría rechazar la inscripción de los actos otorgados *por un concursado culpable en nombre de un tercero*; b) si se trata de *concurtido empresario*, porque permitiría, además, *calificar los negocios comprendidos en el «giro o tráfico» atendiendo a la prohibición de ejercicio del comercio que deriva de la inhabilitación*»⁹². Sin embargo, la inscribibilidad de la sentencia de calificación culpable del concurso podría resultar del artículo 2.4 LH (inciso «*incapacidad legal para administrar*», que podría entenderse referida también a patrimonios ajenos) en relación con los artículos 386 a 391 RH y 18 LH.

La publicidad en el Registro Público Mercantil está prevista en los artículos 320 a 325 del RRM.

También se prevé la inscripción de la inhabilitación en el Registro Público Concursal (arts. 164.3 LC en relación con su art. 198 y arts. 3.5, 4.2, 10 y 11 del RD 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal).

IX. CONCLUSIONES

I. La inhabilitación del concursado culpable constituye una sanción civil a un ilícito civil en materia de insolvencia.

II. La inhabilitación afecta al concursado persona física o al representante legal de este que hubiera gestionado su patrimonio.

III. La inhabilitación lo es para representar y administrar esferas jurídicas patrimoniales ajenas, incluyendo patrimonios colectivos como la sociedad de gananciales o la comunidad de propietarios.

IV. La inhabilitación, que afecta a las representaciones legales, voluntarias u orgánicas de terceros, se refiere al aspecto patrimonial de tal representación, pero no afecta al contenido de educación y asistencia del hijo *in potestate* o del incapacitado o menor sujeto a tutela.

V. Los actos del inhabilitado que infringe la prohibición legal de administrar patrimonios ajenos o de ejercer el comercio, según la mayoría de la doctrina, son nulos de pleno derecho, pero tal nulidad no podría ser alegada por el inhabilitado.

VI. Para la seguridad del tráfico debe procederse a la publicidad registral de la sentencia de calificación culpable del concurso del deudor persona física en el Registro Civil, Mercantil y de la Propiedad (en este caso en el Libro de Incapacitados), así como en el Registro Público Concursal.

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 18 de marzo de 2015
- STS de 1 de junio de 2015
- STS de 9 de junio de 2016
- SAP de Barcelona, sección 15.^a, de 27 de abril de 2007
- SAP de las Islas Baleares, sección 5.^a, de 1 de julio de 2008
- SJM núm. 7 de Madrid, de 11 de abril de 2008
- SJM núm. 7 de Madrid, de 15 de septiembre de 2015
- JPII de Zamora, núm. 2, de 30 de diciembre de 2015
- RDGRN de 26 de julio de 2017

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch.
- (2011). *Derecho Civil II. Derecho de obligaciones*. Madrid: Edisofer
- (2013). *Curso de Derecho Civil. IV. Derecho de Familia*. Madrid: Edisofer.
- ARRAIZA JIMÉNEZ, P. (2017). La calificación del concurso. Balance y análisis de la propuesta de real decreto de texto refundido formulada por la comisión general de codificación de 6 de marzo de 2017. En: *El concurso y la conservación de la empresa. La armonización del Derecho regulador de la insolvencia*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi, 221-242.
- BASTANTE GRANELL, V. (2016). *El deudor de buena fe, en la Ley de Segunda Oportunidad*. Granada: Comares.
- CUENA CASAS, M. (2008). *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDÍVIL, J. (2009). Comentario al artículo 172 LC. Sentencia de calificación. En: P. Prendes Carril (dir.). *Tratado Práctico Concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 215-444.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991, Edición Facsímil). *Derecho Civil de España*. Madrid: Civitas.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2015). *Derecho Civil II. Obligaciones y contratos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DÍAZ ECHEGARAY, J.L. (2015). *Calificación del concurso. Doctrina y Jurisprudencia*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2013). Consideraciones en torno a la inhabilitación tras la ley 38/2011. En: *La calificación del concurso y la responsabilidad por insolvencia*: V Congreso Español de Derecho de la Insolvencia. IX Congreso del Instituto de Iberoamericano de Derecho Concursal. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters, Civitas, 451-465.
- GARCÍA AMIGO, M. (1997). *Derecho Civil de España*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho.
- GARCÍA-CRUCES, J. A (2004). *La calificación del concurso*. Pamplona: Editorial Aranzadi.
- (2017). La calificación del concurso y responsabilidades derivadas. En: J. A. García-Cruces (dir.). *Jurisprudencia y concurso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1359-1431.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2012). La inhabilitación como efecto de la calificación culpable del concurso. En: J. A. García-Cruces González (dir.). *Insolvencia y responsabilidad*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 175-188.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2006). *La capacidad del deudor concursado*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MACHADO PLAZAS, J. (2006). *El concurso de acreedores culpable. Calificación y responsabilidad concursal*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- MARÍN DE LA BÀRCENA, F. (2016). Comentario a los artículos 163 a 175 de la Ley Concursal. En: J. Pulgar Ezquerro (dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, 1770-1872.
- (2017). Calificación concursal y responsabilidad de administradores sociales. En: J. Pulgar Ezquerro (Dir.). *Manual de Derecho Concursal*. Madrid: Wolters Kluwer, 381-405.
- MUÑOZ PAREDES, A. (2017). *Protocolo concursal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- PARRA LUCÁN, M. A. (2010). Limitaciones de las facultades patrimoniales del concursado e inhabilitación del concursado culpable, en *Aranzadi Civil*, núm. 2, 69-108.
- PAU PEDRÓN, A. (2004). *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Madrid. Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España.
- PRENDES CARRIL, P. (2016). Versión crítica de las últimas reformas en materia de convenio, tutela del crédito público y calificación. En: D. García Bartolomé, S. Pacci y G. Pérez del Blanco (coord.). *Estudios sobre derecho de la insolvencia*. España: Eolas Ediciones, 235-244.
- VILATA, S. (2016). La sentencia de calificación. La responsabilidad concursal. En: A. B. Campuzano y E. Sanjuán y Muñoz (dir.). *El Derecho de la insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 963-985.

NOTAS

¹ MACHADO PLAZAS, 2006, 177-178.

² VILATA, 2016, 973. Artículo 878 CCom: «Declarada la quiebra, el quebrado quedará inhabilitado para la administración de sus bienes. Todos sus actos de dominio y administración posteriores a la época a que se retrotraigan los efectos de la quiebra serán nulos». Artículo 920 CCom: «Los quebrados fraudulentos no podrán ser rehabilitados». Artículo 921 CCom: «Los quebrados no comprendidos en el artículo anterior podrán obtener su rehabilitación justificando el cumplimiento íntegro del convenio aprobado que hubiesen hecho con sus acreedores. Si no hubiere mediado convenio, estarán obligados a probar que, con el haber de la quiebra, o mediante entregas posteriores, quedaron satisfechas todas las obligaciones reconocidas en el procedimiento de quiebra». Artículo 922 CCom: «Con la rehabilitación del quebrado cesarán todas las interdicciones legales que produce la declaración de quiebra». Paralelamente, el artículo 1914 del Código Civil, en relación con el concurso del deudor no comerciante señalaba que «la declaración de concurso incapacita al concursado para la administración de sus bienes y para cualquier otra que por ley le corresponda». ALBALADEJO consideraba que estas disposiciones no suponían un cambio de estado civil ni una incapacitación sino «más bien una prohibición de carácter general que impide al concursado o quebrado la realización de los actos de que se trata» (ALBALADEJO, 2002, 295). *Vid.*, DE CASTRO Y BRAVO, 1991 (Edición Facsímil de la de 1949-1952), 363-366.

³ Artículo 13 del CCom, de acuerdo con la disposición final. 2.^a de la LC, en su redacción originaria: «no podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: ...2.º. *Las personas que sean inhabilitadas conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso*».

⁴ MACHADO PLAZAS, 2006, 178. La doctrina ha puesto de manifiesto la falta de una declaración expresa del legislador en cuanto a que el deudor persona física fuera persona afectada por la calificación y por lo tanto susceptible de inhabilitación. En este sentido, GARCÍA VICENTE señaló que la reforma de la LC por ley 38/2011 no incorporó expresamente al deudor concursado como persona afectada por la calificación, «silencio en el que insiste el legislador» (GARCÍA VICENTE, 2012, 186). En el mismo sentido, aunque deduciendo tal condición del deudor concursado de una interpretación sistemática de los preceptos legales, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2013, 453-455. A mi modo de ver, la reforma del artículo 172.2.2.º LC por Ley 38/2011 dejó claro tal extremo al indicar que se podría autorizar «al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada», lo que llevaba a pensar que el primer inciso hacía referencia a un inhabilitado empresario individual y por ende, deudor persona física.

⁵ MACHADO PLAZAS, 2006, 179. En virtud de la reforma operada en el artículo 165 LC por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se presume salvo prueba en contrario, la culpabilidad del concurso, «a diferencia de lo que acontecía hasta entonces que se refería no ya a la calificación de culpable del concurso, sino, a la concurrencia de dolo o culpa grave, no abarcando la relación causal con la generación o agravación del estado de insolvencia. Tras la citada reforma, la relación de causalidad se presume, invirtiéndose el elemento probatorio» (PRENDES CARRIL, 2016, 243). Artículo 165 LC (redacción anterior a la Ley 9/2015): «1. Se presume la existencia de dolo o culpa grave, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: ...». Artículo 165 (redacción posterior a la Ley 9/2015): «1. El concurso se presume culpable, salvo prueba en contrario, cuando el deudor o, en su caso, sus representantes legales, administradores o liquidadores: ...».

⁶ En su redacción originaria, el artículo 172.2 LC, en lo que nos interesa, señalaba: «2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá además, los siguientes pronunciamientos: ...2.º. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a 15 años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo, *atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio*». La redacción actual del artículo 172.2.2.º LC procede de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, cuyo artículo Único.98

modificó los apartados 2 y 3 del artículo 172 LC. La Ley 38/2011 «corrige el tenor literal del artículo 172.2.2.º LC y se reordena la relación entre “administrar” y “representar” (ahora con una fórmula que se considera más depurada desde el punto de vista gramatical) aunque lo que verdaderamente importa es si existe o no un *poder de decisión sobre la esfera jurídica o económica ajena y al ejercicio de tales poderes de decisión se articulen del modo que sea, concierne la inhabilitación*» (GARCÍA VICENTE, 2012, 178). El artículo 454 de la Propuesta de RD-Leg. por el que se regula el TR de la LC de 6 de marzo de 2017, redactado por la Ponencia especial de la Sección de Derecho mercantil de la Comisión General de Codificación nombrada por Orden de 20 de enero de 2016, ampliada por Orden de 7 de abril siguiente, integrada por los Excmos. Sres. Ángel ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Presidente, Carmen ALONSO LEDESMA, Alberto ARRIBAS HERNÁNDEZ, Esperanza GALLEGO SÁNCHEZ, Enrique GARCÍA GARCÍA, Enrique PIÑEL LÓPEZ, Juana PULGAR EZQUERRA, introduce algunas modificaciones al respecto. «Sección 2.ª. De la sentencia de calificación». «Artículo 454. Sentencia de calificación. 1. La sentencia declarará el concurso como fortuito o como culpable. Si lo calificara como culpable, expresará la causa o causas en que se fundamente la calificación. 2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: ...2.º. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para representar a cualquier persona durante el mismo periodo. La duración del periodo de inhabilitación se fijará por el juez atendiendo a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio causado a la masa activa, así como a la existencia de otras sentencias de calificación del concurso como culpable en los que la misma persona ya hubiera sido inhabilitada. Excepcionalmente, en caso de convenio, si así lo hubiera solicitado la administración concursal en el informe de calificación, la sentencia podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada durante el tiempo de cumplimiento del convenio o por periodo inferior». Consecuencia de la Ley 38/2011 (art. Único. Ciento quince) fue la modificación del artículo 13 del CCom, en consonancia con la reforma del artículo 172.2.2.º LC, que pasó a tener la siguiente redacción: «No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: ...2.º Las personas que sean inhabilitadas por sentencia firme conforme a la Ley Concursal mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación. Si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga».

⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 381 y 382.

⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 383.

⁹ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 383.

¹⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 384.

¹¹ *Id.*, artículo 167.2 LC, 168.2 y 169.3 LC en relación con el artículo 164.2.3.º LC.

¹² MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 385.

¹³ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 385.

¹⁴ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 386.

¹⁵ Sobre el requisito de buena fe del deudor persona natural para acceder al beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, lo que exige que el concurso no haya sido declarado culpable (art. 178.bis.1.2 y 3.1.º LC), *vid.*, BASTANTE GRANELL, 2016, 131 y sigs.

¹⁶ GARCÍA-CRUCES, J. A., 2017, 1393-1395.

¹⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 393. En idéntico sentido en cuanto a que los cómplices no sufren la pena de inhabilitación, GARCÍA-CRUCES, 2017, 1395.

¹⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 394.

¹⁹ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 398.

²⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 396.

²¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 399-400.

²² MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 401.

²³ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 402.

²⁴ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 403.

²⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 404.

²⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 404-405. *Vid.*, más extensamente el comentario que de la Sección Sexta del concurso de acreedores hace MARÍN DE LA BÁRCENA en 2016, 1770-1872. Sobre la regulación propuesta para la calificación concursal en la Propuesta de RD-Leg. de TR de la LC, formulado por la Comisión General de Codificación, de 6 de marzo de 2017, *vid.*: ARRAIZA JIMÉNEZ, 2017, 221-242.

²⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 400. STS de 18 de marzo de 2015: «Cuando no se ha solicitado la inhabilitación a que se refiere el artículo 172.2.2.º LC por ninguna de las partes legitimadas a quienes se les encomienda la formulación de las pretensiones en la sección de calificación (la administración concursal y el ministerio fiscal), en forma de propuesta de resolución (ex art. 169.1 LC), el Juez, de acuerdo con el principio de justicia rogada (art. 216 LEC), no puede condenar más allá del mínimo legalmente establecido, es decir, dos años».

²⁸ GARCÍA-CRUCES, 2017, 1396. DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, 2009, 235. *Vid.*, SJM núm. 7 de Madrid, de 15 de septiembre de 2015 y SJPII núm. 2 de Zamora de 30 de diciembre de 2015.

²⁹ La fijación de la duración de la pena de inhabilitación dependería de «la gravedad de los hechos, la entidad del perjuicio y la declaración de culpable en otros concursos», parámetro introducido por la ley 38/2011. En cuanto a la gravedad de los hechos, los descritos en el artículo 164.2 LC serían más graves que los descritos en el artículo 165 LC o en la cláusula general del artículo 164.1 LC, y por otro lado, a mayor número de presunciones del artículo 165 LC concurrentes cabría apreciar una mayor gravedad (MUÑOZ PAREDES, 2017, 1056). «El hecho de haber sido declarado culpable en otros concursos se concibe como una circunstancia agravante que el juez deberá tener en cuenta necesariamente para fijar la duración de la inhabilitación. Esta circunstancia podrá constatarse a partir de la información facilitada por el Registro Público Concursal y debe limitarse a los casos en que la calificación culpable haya sido declarada mediante sentencia firme, toda vez que se trata de un pronunciamiento con eficacia constitutiva» (MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, 1830). A favor de que la circunstancia agravante se tenga en cuenta (a falta de acreditación por la administración concursal) si el juez la conoce por haber tramitado él el concurso o dictado la sentencia correspondiente y a favor de su valoración incluso si la sentencia de culpabilidad recaída en otro concurso no es firme, MUÑOZ PAREDES, 2017, 1056-1057. «...En caso de acumulación de sanciones en concursos diversos el periodo de inhabilitación será «la suma de cada uno de ellos». Esta expresa mención legal impide que las sanciones de menor duración queden subsumidas en las de mayor duración, de modo que se podrán acumular unas y otras, pero siempre con el límite legal de quince años» (MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, 1830). A favor de que el límite a las sanciones cumulativamente impuestas tenga el límite de 15 años, ya que el Código Penal prevé en su artículo 40 un límite de 20 años a la pena de inhabilitación absoluta, MUÑOZ PAREDES, 2017, 1062-1063.

³⁰ PARRA LUCÁN, 2010, 97-98; MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, 1830.

³¹ PAU PEDRÓN, 2004, 66. También GARCÍA VICENTE, con cita de la E. de M., *sub* III y *sub* VIII, considera que la naturaleza de la inhabilitación es la de una sanción «que se traduce bien en una regla de incompetencia (no puede el inhabilitado administrar ni representar esferas jurídicas ajenas ni desempeñar, por ende, cargos administrativos o económicos en sociedades) o en puro deber de abstención (no le cabe el ejercicio del comercio)» (GARCÍA VICENTE, 2012, 179-180).

³² MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 400.

³³ PARRA LUCÁN, 2010, 97.

³⁴ PARRA LUCÁN, 2010, 101; VILATA, 2016, 974.

³⁵ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2013, 452-453.

³⁶ GARCÍA VICENTE, 2012, 180.

³⁷ GARCÍA VICENTE, 2012, 178. Artículo 13.2 CCom: «No podrán ejercer el comercio ni tener cargo ni intervención directa administrativa o económica en compañías mercantiles o industriales: ...2.º Las personas que sean inhabilitadas por *sentencia firme* conforme a la Ley Concursal *mientras no haya concluido el periodo de inhabilitación*. Si se hubiera autorizado al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, los efectos de la autorización se limitarán a lo específicamente previsto en la resolución judicial que la contenga».

³⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, 1830.

³⁹ MUÑOZ PAREDES, 2017, 1063.

⁴⁰ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2013, 452.

⁴¹ MACHADO PLAZAS, 2006, 177-178.

⁴² GARCÍA VICENTE, 2012, 184.

⁴³ «Por último, y por lo que se refiere al comienzo del cómputo del plazo de inhabilitación, que en este caso son dos años, debemos advertir que dicho plazo comienza en el momento en que formalmente se haga efectiva la condena por el Juzgado que tramita el concurso, *de modo que los actos de representación y administración de bienes ajenos realizados hasta entonces son válidos, afectando la inhabilitación a los posteriores y solo durante el tiempo objeto de condena*». De acuerdo con el artículo 521 LEC las sentencias constitutivas no son objeto de despacho de la ejecución sino que, siendo firmes, mediante su certificación, y en su caso, el mandamiento judicial oportuno, podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos.

⁴⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, 2009, 237-238.

⁴⁵ PAU PEDRÓN, 2004, 65.

⁴⁶ PAU PEDRÓN, 2004, 66 y 75. A dicha tramitación parlamentaria se refiere PARRA LUCÁN, indicando que la inhabilitación para administrar bienes propios se suprimió en el informe de la Ponencia a raíz de una enmienda (la 557) del Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia y Unión), por entender que afectaba al derecho de propiedad (disposición sobre el propio patrimonio) protegido constitucionalmente, y por entender que implicaría una incapacidad civil cuando las razones que justifican la incapacitación por sentencia y la inhabilitación del concursado culpable son del todo divergentes, pues en aquella se pretende proteger al incapaz de sus propios actos, y en esta se pretende proteger a terceros (acreedores) y al orden socioeconómico (PARRA LUCÁN, 2010, 98, nota 62). Así, el artículo 172.2.2.º Proyecto de LC indicaba: «La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá además los siguientes pronunciamientos: ...2.º. La inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar *los bienes propios o ajenos durante un periodo de cinco a veinte años, así como para representar o administrar a cualquier persona durante el mismo periodo*». Y el artículo 173.1: «En todo caso de inhabilitación, el Juez, oídos los interesados, nombrará por medio de auto un *curador que se encargue de la administración de sus bienes, con las facultades que en el mismo auto se determinen*».

⁴⁷ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2006, 146.

⁴⁸ Cfr.: ALBALADEJO, 2013, 286.

⁴⁹ PAU PEDRÓN, 2004, 66.

⁵⁰ «Señala la disp. adic. 1.ª de la LC: “Los jueces y tribunales interpretarán y aplicarán las normas legales que hagan referencia a los procedimientos concursales derogados por esta ley *poniéndolas en relación con las del concurso regulado en esta, atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad* y, en particular, a las siguientes reglas: 1.ª Todas las referencias a la suspensión de pagos o al procedimiento de quita y espera contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que no se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 2.ª Todas las referencias a la quiebra o al concurso de acreedores contenidas en preceptos legales que no hayan sido expresamente modificados por esta ley se entenderán realizadas al concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación. 3.ª *Todas las declaraciones de incapacidad de los quebrados o concursados y las prohibiciones para el desempeño por estos de cargos o funciones o para el desarrollo de cualquier clase de actividades establecidas en preceptos legales no modificados expresamente por esta ley se entenderán referidas a las personas sometidas a un procedimiento de concurso en el que se haya producido la apertura de la fase de liquidación*». Según PARRA LUCÁN la disposición adicional 1.ª de la LC contradice lo dispuesto en los artículos 40 y 172 LC. «Por eso parece razonable entender que, en la medida en que se presenta a sí misma como una disposición interpretativa *...no puede desvirtuar el juego de lo dispuesto en el artículo 172 LC, que vincula la inhabilitación para la administración de bienes ajenos a que se declare culpabilidad*» (PARRA LUCÁN 2010, 100-101). Señala también PAU PEDRÓN que a pesar de lo dispuesto en la disposición adicional 1.ª, regla 2.ª, atendiendo al espíritu y finalidad de los principios que inspiran la LC, «puede mantenerse

la interpretación que se ha propugnado en relación con los cargos tutelares» e igualmente para los contratos basados en la confianza como el mandato (PAU PEDRÓN, 2004, 70).

⁵¹ PAU PEDRÓN, 2004, 67.

⁵² GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2006, 146.

⁵³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2006, 145-146.

⁵⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2006, 146, nota 212.

⁵⁵ Cfr.: GARCÍA AMIGO, 1997, 326.

⁵⁶ PAU PEDRÓN, 2004, 68.

⁵⁷ Artículo 40.7 LC: «Los actos del deudor que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal y cuando esta no los hubiese convalidado o confirmado. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir a la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. La acción de anulación se tramitará, en su caso, por los cauces del incidente concursal y caducará, de haberse formulado el requerimiento, al cumplirse un mes de la fecha de este. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de esta. Los referidos actos no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, o se acredite la caducidad de la acción de anulación o su desestimación firme».

⁵⁸ Siguiendo a ALBALADEJO, el negocio representativo realizado por quien no tiene poder de representación es un negocio válido (no es nulo ni anulable) pero ineficaz para aquel en cuyo nombre se ha concluido (art. 1727.2.º del Código Civil) ya que falta el poder. También es ineficaz para el que lo concluye (apoderado), porque no lo concluye en su propio nombre, sino en nombre de otro. *Su eficacia, por lo tanto, se halla suspendida, pendiente de la ratificación* (arts. 1259.2.º y 1727.2.º del Código Civil). *El negocio es revocable por el tercero que lo celebró con el falso representante, antes de que se verifique la ratificación*, que es un negocio jurídico unilateral accesorio del que se ratifica. Hace que el negocio sea eficaz en cabeza del representado y se le equipara al apoderamiento, según el aforismo *ratihabitio mandato aequiparatur*. (ALBALADEJO, 2002, 827-830)

⁵⁹ PARRA LUCÁN, 2010, 102. Artículo 1738 del Código Civil: «Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de 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». En este caso, el mandante, si el mandatario operaba con poder de representación, queda directamente vinculado con el tercero de buena fe. El negocio representativo es eficaz, sin necesidad de ratificación. (ALBALADEJO, 2011, 798). De modo que la ratificación sería precisa si siendo de buena fe el tercero que contrató, *el mandatario conocía la extinción del mandato representativo directo por el concurso y a pesar de ello, actuó* (Cfr., DE VERDA Y BEAMONTE y CHAPARRO MATAMOROS, 2015, 406-407).

⁶⁰ PARRA LUCÁN, 2010, 102.

⁶¹ PARRA LUCÁN, 2010, 102-103.

⁶² GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2006, 147-148.

⁶³ Sobre esta posibilidad, señalando que es precisa la inclusión de bienes comunes en la masa activa del concurso, cuando deban responder de obligaciones del concursado *vid.*: CUENA CASAS, 2008, 224-237. Artículo 77.2 LC: «Si el régimen económico del matrimonio fuere el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado. *En este caso*, el cónyuge del concursado podrá pedir la disolución de la sociedad o comunidad conyugal y el juez acordará la liquidación o división del patrimonio que se llevará a cabo de forma coordinada con lo que resulte del convenio o de la liquidación».

⁶⁴ GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2006, 147.

⁶⁵ ALBALADEJO, 2002, 511. LINACERO DE LA FUENTE, 2013, 486; y 2016, 234-236.

⁶⁶ LINACERO DE LA FUENTE, 2016, 264.

⁶⁷ LINACERO DE LA FUENTE, 2016, 267.

⁶⁸ LINACERO DE LA FUENTE, 2016, 267-268. Artículo 1389 del Código Civil: «El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el juez, cuando lo considere de interés para la

familia, establezca cautelas o limitaciones. En todo caso, para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial».

⁶⁹ Cfr., ALBALADEJO, 2002, 509-511.

⁷⁰ Como señala la RDGRN de 26 de julio de 2017, en la actualidad debe tenerse en cuenta la nueva redacción del artículo 9 de la LH derivada de la Ley 13/2015, que permite la inscripción a favor de patrimonios separados, lo que es predicable de las comunidades de propietarios ya que: 1.º. Son objeto de una consideración unitaria a determinados efectos legales, reconociéndoseles la existencia como patrimonio separado colectivo (art. 22 de la LPH que señala que la comunidad responderá de sus deudas frente a terceros *con todos los fondos y créditos a su favor*). 2.º. En el tráfico jurídico actúan unificadamente, pues tienen la titularidad de créditos y fondos comunes (art. 9.1.f) y 22.1 LPH) y son sujeto de obligaciones (art. 10.1 y 22 LPH). 3.º. Pueden arrendar elementos comunes (art. 17.3.2.º LPH). 4.º. Tienen capacidad procesal para demandar y ser demandadas (arts. 13.3 LPH, 7 LOPJ y, 6.1.5.º y 544 LEC). 5.º. Pueden ser titulares de anotaciones preventivas de embargo y de demanda. 6.º. Y pueden inscribir los bienes adjudicados a su favor en procedimiento de ejecución. Estando admitido el embargo a favor de la comunidad de propietarios, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con la adjudicación del bien a la comunidad. Por lo tanto, en tal supuesto la propiedad adquirida deberá acceder al Registro figurando como titular registral la comunidad, si bien tal inscripción es una situación excepcional y transitoria ya que no constituye la finalidad de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ser titulares permanentes de bienes, por lo que se trataría de una inscripción de mero tránsito (como requisito de tracto sucesivo) para una posterior inscripción de la transmisión del bien a tercero, o de la atribución a los propietarios en proporción a sus cuotas (creando una comunidad romana sobre el bien adquirido que quedaría aparte de la comunidad en régimen de propiedad horizontal) o bien, su conversión en elemento común, debiendo ser descrito en el folio registral del edificio mediante modificación del título constitutivo y expresión del nuevo elemento común. Se trataría, pues, de un asiento transitorio —de mero puente que permitiría ulteriores asientos.

⁷¹ Artículo 13.2 LPH. «El presidente será nombrado, entre los propietarios, mediante elección o, subsidiariamente, mediante turno rotatorio o sorteo. *El nombramiento será obligatorio, si bien el propietario designado podrá solicitar su relevo al juez dentro del mes siguiente a su acceso al cargo, invocando las razones que le asistan para ello.* El juez, a través del procedimiento establecido en el artículo 17.7.^a [juicio de equidad] resolverá de plano lo procedente, *designando en la misma resolución al propietario que hubiera de sustituir, en su caso, al presidente en el cargo hasta que se proceda a nueva designación en el plazo que se determine en la resolución judicial.* Igualmente podrá acudir al juez cuando, por cualquier causa, fuese imposible para la Junta designar presidente de la comunidad».

⁷² Artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad: «5. *En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables.* 6. Cuando no se pudiera designar administrador conforme a las reglas establecidas en el documento público o resolución judicial de constitución, el juez competente proveerá lo que corresponda, a solicitud del Ministerio Fiscal. 7. *El administrador del patrimonio protegido, cuando no sea el propio beneficiario del mismo, tendrá la condición de representante legal de este para todos los actos de administración de los bienes y derechos integrantes del patrimonio protegido, y no requerirá el concurso de los padres o tutor para su validez y eficacia.*

⁷³ Artículos 14 y 15 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre de fundaciones. Artículo 14: 1. *En toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que adoptará sus acuerdos por mayoría en los términos establecidos en los Estatutos.* 2. *Corresponde al Patronato cumplir los fines fundacionales y administrar con diligencia los bienes y derechos que integran el patrimonio de la fundación, manteniendo el rendimiento y utilidad de los mismos.* Artículo 15: «1. El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros, que elegirán entre ellos un presidente, si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los Estatutos.

...2. Podrán ser miembros del Patronato las personas físicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén inhabilitadas para el ejercicio de cargos públicos. ...5. El cargo de patrono que recaiga en persona física deberá ejercerse personalmente. No obstante, podrá actuar en su nombre y representación otro patrono por él designado. Esta actuación será siempre para actos concretos y deberá ajustarse a las instrucciones que, en su caso, el representado formule por escrito. Podrá actuar en nombre de quien fuera llamado a ejercer la función de patrono por razón del cargo que ocupare, la persona a quien corresponda su sustitución».

⁷⁴ Artículo 11 de la L.O. 1/2002 de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación: «...2. En cuanto a su régimen interno, las asociaciones habrán de ajustar su funcionamiento a lo establecido en sus propios Estatutos, siempre que no estén en contradicción con las normas de la presente Ley Orgánica y con las disposiciones reglamentarias que se dicten para la aplicación de la misma. 3. La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año. 4. Existirá un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General. Solo podrán formar parte del órgano de representación los asociados. Para ser miembro de los órganos de representación de una asociación, sin perjuicio de lo que establezcan sus respectivos Estatutos, serán requisitos indispensables: ser mayor de edad, estar en pleno uso de los derechos civiles y no estar incurso en los motivos de incompatibilidad establecidos en la legislación vigente».

⁷⁵ PARRA LUCÁN, 2010, 102-103.

⁷⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 400.

⁷⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2017, 400.

⁷⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, 2016, 1831.

⁷⁹ Vid.: MUÑOZ PAREDES, 2017, 1057-1062.

⁸⁰ PARRA LUCÁN, 2010, 106-108. Decretada la inhabilitación en la sentencia de calificación, estando pactado un convenio de continuidad (p. ej., de quita y espera), la inhabilitación impedía al concursado seguir al frente de la empresa, por lo que el convenio no podía ser cumplido y ello determinaba la aplicación de las normas sobre incumplimiento de convenio y la apertura de la fase de liquidación. Con la finalidad de evitar tal resultado, el legislador ... ha introducido un nuevo párrafo segundo en el artículo 172.2 LC, así como en línea con este, ha modificado el artículo 13.2 CCom, de manera que si así lo hubiese solicitado la administración concursal, excepcionalmente, la sentencia de calificación podrá autorizar al inhabilitado a continuar al frente de la empresa o como administrador de la sociedad concursada, «estableciendo que su ámbito de actuación se circunscribirá a lo establecido en la resolución judicial en la que se efectúe tal autorización» (FERNÁNDEZ PÉREZ, 2013, 456-458).

⁸¹ PAU PEDRÓN, 2004, 74-75. De acuerdo con el artículo 178 LC: «En todos los casos de conclusión del concurso, cesarán las limitaciones de las facultades de administración y disposición sobre el deudor subsistentes, salvo las que se contengan en la sentencia firme de calificación o de lo previsto en los capítulos siguientes».

⁸² GARCÍA VICENTE, 2012, 185.

⁸³ GARCÍA VICENTE, 2012, 185.

⁸⁴ FERNÁNDEZ PÉREZ, 2012, 458.

⁸⁵ DE ÁNGEL YAGÜEZ y HERNANDO MENDÍVIL, 2009, 239. También se decanta por la nulidad, FERNÁNDEZ PÉREZ, 2013, 453, señalando que es el parecer de «la mayoría de la doctrina que se ha ocupado del tema».

⁸⁶ PARRA LUCÁN, 2010, 101.

⁸⁷ Cfr.: PAU PEDRÓN, 2004, 77.

⁸⁸ GARCÍA VICENTE, 2012, 182.

⁸⁹ PARRA LUCÁN, 2010, 104.

⁹⁰ GARCÍA VICENTE, 2012, 188.

⁹¹ Cfr., GARCÍA VICENTE, 2012, 177.

⁹² PAU PEDRÓN, 2004, 79-80.

2. DERECHO MERCANTIL

Transacción, novación y nulidad respecto de cláusulas suelo en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018

Settlement, novation and nullity of ground clauses in the judgment of the Spanish Supreme Court dated on 11 April 2018

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado*

RESUMEN: La sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 declara la validez de una transacción entre el cliente y la entidad de crédito respecto de una cláusula suelo.

ABSTRACT: *The judgment of the Spanish Supreme Court dated 11 April 2018 declares the validity of a settlement signed between the costumer and the credit entity in relation to a ground clause.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de contratos. Transacción. Nulidad.

KEY WORDS: *Contract Law. Settlement. Nullity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS PARTICULARES DE LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM 205/2018, DE FECHA 11 DE ABRIL DE 2018.—III. BIBLIOGRAFÍA.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

Hemos de partir que de conformidad con el sistema de fuentes establecido por la Constitución española de 1978 y por el artículo 1 del Código Civil, la jurisprudencia no es fuente del Derecho, y que resulta imprescindible a nuestro juicio para comprender el alcance de esta sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, analizar aspectos tales como el precedente habido en la revocación del criterio sobre la irretroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas suelo tras la sentencia del Tribunal Supremo del Pleno de 9 de

mayo de 2013 y los votos particulares que también formuló el Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo, D. Javier ORDUÑA, a las SSTs de 25 de marzo (*RJ* 2015, 735) y 23 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5714), donde se mantenía el criterio establecido en la meritada sentencia del Tribunal Supremo de Pleno de 9 de mayo de 2013, con el objeto de poder entender, en palabras del propio Magistrado D. Javier ORDUÑA, el alcance normativo de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) en aquellos aspectos claves sobre los que se diseña el modelo de aplicación de la misma¹.

Prueba de que la jurisprudencia no es fuente del Derecho fueron los fallos habidos en los Juzgados de Primera Instancia que se desviaron del criterio establecido por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 sobre la base de distintos argumentos pero entre los que podemos destacar, tal y como hiciera, AGÜERO ORTIZ², «en unos casos la cláusula se considera nula por ser desproporcionada, y así abusiva (pese a la postura del TS), en otros casos se declara nula por no haber cumplido la entidad financiera su obligación de información suficiente, incluso otras veces se conjugan ambos argumentos. Asimismo, son variados los argumentos que fundamentan la condena a la devolución de las cantidades cobradas: orden de prelación de las fuentes del derecho que justifica la aplicación del artículo 1303 del Código Civil prioritariamente a la jurisprudencia sentada por la STS de 9 de mayo; prioridad del Derecho Comunitario y con él la STJUE de 14 de junio de 2012, o simplemente la inexistencia de elementos en el caso enjuiciado que permitan entender que la seguridad jurídica o el orden público económico pueda resultar afectado».

En nuestra literatura jurídica y con el propósito con que utilizaremos el Voto Particular del magistrado ORDUÑA MORENO al fallo de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, destacamos las opiniones favorables a la existencia de votos particulares que recoge³ EZQUIAGA GANUZAS cuando se expresa como sigue: «Por último, un efecto favorable más provocado por el voto particular, puesto de relieve por sus defensores, es su capacidad para guiar líneas jurisprudenciales futuras y contribuir a la creación de nuevas mayorías. Las razones por las que un *dissent* puede transformarse con el paso del tiempo en la opinión mayoritaria del tribunal pueden ser diversas. Entre ellas, han sido señaladas el acceso de nuevos jueces o, si está en sintonía con la doctrina y con las expectativas sociales, su colaboración a un cambio de parecer de los miembros del tribunal para decisiones futuras. El origen del argumento se sitúa claramente en la experiencia del Tribunal Supremo americano, donde con relativa frecuencia las *dissenting opinions*, han pasado a ser posteriormente opiniones mayoritarias, aunque quienes se muestran partidarios del voto particular no dudan en aventurar efectos semejantes en cualquier ordenamiento, a causa del carácter anfibiológico de muchas disposiciones jurídicas y de los cambios interpretativos como consecuencia del contexto en el que se desarrolle la aplicación del derecho.

Esta capacidad evolutiva del voto particular ha sido igualmente valorada de forma positiva por estos autores debido a que atenúa el peligro de cristalización de la jurisprudencia; permite la adecuación de las normas a la sociedad sin necesidad de reformas; sirve a la seguridad jurídica al preservar de decisiones sorpresa, ya que permite seguir la evolución de la jurisprudencia y conocer si la decisión está en continuidad con una línea asentada o significa un cambio de opinión; y, por último, y como consecuencia de todas estas cualidades, se afirma que el voto particular incrementa la ciencia del derecho».

Por otro lado, hemos de recordar como el propio Tribunal Supremo ya ha tenido que rectificar su doctrina en materia de cláusulas suelo. En la STS de Pleno

de 24 de febrero de 2017 (RJ 2017, 602) acuerda «*modificar la jurisprudencia de esta Sala sobre los efectos retroactivos de la declaración de nulidad de la denominada cláusula suelo*» pues de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309) se desprende que la limitación de los efectos de la declaración de retroactividad equivale a «*privar con carácter general, a todo consumidor que haya celebrado antes de aquella fecha un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria en virtud de la cláusula suelo durante el periodo anterior al 9 de mayo de 2013 (RJ 2013, 3088)*».

De esta forma y centrándonos en la repercusión de sus argumentos en relación con el Derecho de la Unión Europea, en el Voto Particular del magistrado ORDUÑA MORENO en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015, razona literalmente lo siguiente:

«**SÉPTIMO:**

— *La improcedencia del efecto retroactivo de la sentencia respecto de la prohibición de moderar o integrar la eficacia de la cláusula declarada abusiva.*

Por último, debe señalarse que la presente sentencia al declarar la irretroactividad de la nulidad respecto de los pagos de los intereses realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia de 9 de mayo de 2013, declaración que se realiza de un modo generalizado para todo consumidor adherente, venga no afectado por la acción colectiva de cesación que fue objeto de la citada sentencia, y con independencia de la naturaleza del ejercicio individual de la acción de impugnación, opera, de modo material, una consecuencia jurídica que expresamente viene prohibida tanto por la jurisprudencia del TJUE, sentencia de 14 de junio de 2012 (TJCE 2012, 143) (caso Banco Español de Crédito), como por la reforma legislativa a la que dicha sentencia dio lugar (nuevo artículo 83 de la Ley 3/2014, de 27 de marzo (RCL 2014, 466) de modificación del Texto refundido 1/2007 (RCL 2007, 2164 y RCL 2008, 372), esto es, que se produzca una integración, aunque sea temporalmente parcial, de la eficacia de la cláusula declarada nula por abusiva; extremo que claramente determina la presente sentencia pues en el plano material señalado, afectante al derecho de tutela judicial efectiva de los consumidores, que sin ser parte del proceso judicial establecido y, por tanto, sin atención a las circunstancias concretas de su relación contractual, ven vulnerada su legítima pretensión de impugnación de la citada cláusula y su derecho a la devolución íntegra de las cantidades satisfechas.

Atentándose, del mismo modo, al efecto sancionador y disuasorio que informó la sentencia citada del TJUE, pues dada esta integración parcial de la eficacia de la cláusula nula, el mensaje que se transmite no es otro que el de la posibilidad de incumplir los especiales deberes de transparencia por el predisponente, sin sanción inicial alguna, que es lo que aquí ocurre al no estimarse la restitución de dichas cantidades con carácter «ex tunc», esto es, desde el momento en que venía obligado el predisponente. Bastando, de cara al futuro, que respecto de otras posibles cláusulas conflictivas se provoque una acción colectiva de cesación, cuestión que no descrita su posible instrumentalización abusiva o fraudulenta al respecto, para condicionar su aplicación a este incorrecto plano de la retroactividad y, en consecuencia, a la posible eficacia parcial de la cláusula que se declare abusiva».

Es decir, claramente para el magistrado ORDUÑA MORENO la limitación de la retroactividad de la cláusula suelo por parte del Tribunal Supremo entraba en contradicción con la posibilidad que el juez nacional tiene de moderar los efectos de la cláusula abusiva declarada nula.

De nuevo hemos de traer a colación la fundamentación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 para efectuar

un contraste de la misma con los Votos Particulares que ofreció el Magistrado ORDUÑA MORENO en las SSTs de 25 de marzo (RJ 2015, 735) y 23 de diciembre de 2015 (RJ 2015, 5714), para entender la corrección de los argumentos que dicho magistrado hizo valer en sus Votos Particulares en función de la validación de los mismos que con carácter posterior hiciera la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y en relación con ello, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 razona sobre lo mismo haciendo descansar su Fallo en lo siguiente:

57. *Para lograr tal fin, incumbe al juez nacional, pura y simplemente, dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, a fin de que esta no produzca efectos vinculantes para el consumidor, sin estar facultado para modificar el contenido de la misma (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).*

58. *En este contexto, por una parte, el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 y, de este modo, subsanar el desequilibrio que exista entre el consumidor y el profesional, desde el momento en que disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto.*

59. *En efecto, la plena eficacia de la protección conferida por la Directiva 93/13 exige que el juez nacional que haya apreciado de oficio el carácter abusivo de una cláusula pueda deducir todas las consecuencias de esa apreciación, sin esperar a que el consumidor, informado de sus derechos, presente una declaración por la que solicite que se anule dicha cláusula (sentencia de 30 de mayo de 2013, J rös, C-397/11, EU:C:2013:340, apartado 42).*

60. *Por otra parte, al juez nacional no debe atribuírsele la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas, pues de otro modo se podría contribuir a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (véase, en este sentido, la sentencia de 21 de enero de 2015, Unicaja Banco y Caixabank, C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, EU:C:2015:21, apartado 31 y jurisprudencia citada).*

61. *De las consideraciones anteriores resulta que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que procede considerar, en principio, que una cláusula contractual declarada abusiva nunca ha existido, de manera que no podrá tener efectos frente al consumidor. Por consiguiente, la declaración judicial del carácter abusivo de tal cláusula debe tener como consecuencia, en principio, el restablecimiento de la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido dicha cláusula.*

62. *De lo anterior se deduce que la obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes que resulten ser cantidades indebidamente pagadas genera, en principio, el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.*

63. *Efectivamente, la exclusión de tal efecto restitutorio podría poner en cuestión el efecto disuasorio que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 7, apartado 1, de esa misma Directiva, pretende atribuir a la declaración del carácter abusivo de las cláusulas contenidas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores.*

Para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la limitación de la retroactividad de la cláusula suelo por parte del Tribunal Supremo entraba claramente

en contradicción con la posibilidad que el juez nacional tiene de moderar los efectos de la cláusula abusiva declarada nula, resultando este razonamiento uno de los elementos determinantes de su Fallo.

Pues bien sobre la base de estos antecedentes y de los criterios que ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el valor normativo de la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) es con lo que nos proponemos analizar el Fallo de la Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018.

II. CRÍTICA A LOS ARGUMENTOS PARTICULARES DE LA SENTENCIA DEL PLENO DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 205/2018, DE FECHA 11 DE ABRIL DE 2018

En la exposición del siguiente apartado, si bien metodológicamente habiendo hubiera sido más correcto seguir el orden lógico de las exposiciones y argumentaciones que realiza el magistrado ORDUÑA MORENO en su Voto Particular al Fallo de la Sentencia del Pleno del 11 de abril de Tribunal Supremo de 2018, en función de la primacía del Derecho de la Unión Europea y luego analizar la cuestión desde el prisma del Derecho nacional, hemos preferido sin embargo el tratamiento desde una óptica diferente, a saber, siguiendo el propio orden argumentativo de la sentencia del Pleno del 11 de abril del Tribunal Supremo por aumentar el pragmatismo de nuestro estudio y porque creemos que en este orden serán analizadas, más que probablemente, los pactos de renuncia de acciones en los pleitos sobre nulidad de cláusulas suelos por parte de nuestros Juzgados.

Con dicho ánimo y aun siendo conscientes de la crítica metodológica que se nos pudiera hacer según hemos apuntado anteriormente, comenzamos nuestro análisis sobre la base de exponer el argumento del Tribunal Supremo, el contrargumento concreto del Voto Particular y nuestra opinión, sobre:

i) Calificación de los contratos: transacción, novación

Los contratos analizados por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 en lo que ahora interesa contienen dos estipulaciones relevantes: se pacta que a partir de entonces y para el resto del contrato el tipo de interés mínimo aplicable será el 2,25%; las partes declaran que ratifican la validez de los dos préstamos originarios y los prestatarios renuncian a ejercitar cualquier acción que traiga causa en su formalización y clausulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha.

a) Argumentos del Tribunal Supremo

Para llegar a la convicción de que los contratos enjuiciados son transacciones y no novaciones, el Tribunal Supremo lo efectúa desde la base de que en los mismos se aprecia «...*concesiones recíprocas para evitar el pleito...*», distinguiendo el caso de aquel resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2017 en función de en esta última sentencia se trataba de una auténtica novación puesto que el cambio obligacional se produjo no para evitar un pleito sino para

igualar el límite de la cláusula suelo a todos los compradores de una misma promoción inmobiliaria, razonando expresamente en esta sentencia de Pleno del Tribunal Supremo lo siguiente: «*Lo que distingue la sentencia 558/2017, de 16 de octubre, del presente caso es que en el caso objeto de aquella sentencia 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*».

b) Argumentos del Voto Particular

Por su parte el Voto Particular de ORDUÑA MORENO, interpretando el contrato litigioso, se decanta por la naturaleza de la novación en función del siguiente razonamiento:

«En este sentido, y dado que no hay cuestión interpretativa al respecto, por la naturaleza predispuesta de los documentos, la apreciación de «la voluntad de novar» de la entidad bancaria resulta clara, pues no solo califica dichos documentos como «contratos de novación modificativa de los préstamos» (rúbrica de los contratos y exponiendo VI), sino que además expresamente destaca dicha calificación para indicar su sujeción a la Ley 2/1994, de 30 de marzo (cláusula quinta). A su vez, y de un modo principal y determinante, es el «efecto novatorio» el que estructura y vertebrata el contenido obligacional de los citados documentos que, en todo momento, parten de la «validez y vigor de los préstamos suscritos y de sus condiciones» (cláusula tercera), así como del alcance modificativo de la novación operada (exponiendo VI y cláusula quinta).

3. *En todo caso, la calificación de dichos documentos como contratos transaccionales también tropieza con dos importantes objeciones. La primera es que tanto la finalidad como el contenido de los citados documentos no reflejan, en modo alguno, la «existencia de una situación litigiosa o controversia» que pretenda sustituirse por otra cierta para evitar un pleito entre las partes (entre otras SSTS de 3 de febrero de 1998, de 24 de julio de 1996 y 16 de febrero de 2010). En efecto, en el presente caso, en el que ni siquiera hubo una previa reclamación formal de los clientes, la entidad bancaria, como se ha señalado, en ningún momento contempla la existencia de situación litigiosa o de controversia acerca de la validez de las cláusulas suelo incorporadas a los contratos de préstamo hipotecario. Por el contrario, parte de la validez de las mismas y, sobre todo, que la novación o modificación operada obedece o queda justificada por el citado «cambio de la coyuntura económica financiera» (exponiendo V); de forma que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta a los clientes de un «modo inocuo» y, por tanto, sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad.*

La segunda, conexa a la anterior, es que la entidad bancaria predisponente al silenciar deliberadamente la situación litigiosa o de controversia de las cláusulas suelo impide que la renuncia de derechos de los consumidores pueda ser calificada «de clara, terminante e inequívoca, como expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos», tal y como exige la jurisprudencia de esta Sala (entre otras, sentencias 57/2016, de 12 de febrero, 221/2017, de 5 de abril y 358/2017 de 6 de junio). En el presente caso, las «meras quejas» de los consumidores por los intereses pagados con arreglo a la aplicación de las cláusulas

suelo y su adhesión a la rebaja propuesta por la entidad bancaria no constituyen actos inequívocos de su voluntad de convalidación de dichas cláusulas, ni de un acuerdo transaccional sobre las consecuencias de la controversia acerca de su posible validez; cuya ineficacia y alcance último ha sido conocido por los consumidores tras la STJUE de 21 de diciembre de 2016».

De esta forma, el Voto Particular niega la existencia de una transacción al razonar que:

- No existe una previa situación litigiosa entre las partes
- No existe una clara voluntad de las partes de lograr una transacción

En realidad el motivo de discordia se centra en la aplicación al caso de lo previsto en el artículo 1208 del Código Civil que recordemos que: «La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solo pueda ser invocada por el deudor, o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen», resultando que la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 niega la aplicación del mismo al caso sobre la inexistencia de una transacción y no una novación, mientras que el Voto Particular sostiene precisamente lo contrario.

c) Nuestra opinión

- *El litigio como elemento necesario de la transacción:*

Recientemente TAMAYO HAYA⁴, en su comentario al artículo 1809 del Código Civil, resume las diferentes posturas sobre el entendimiento de este elemento de la transacción de la siguiente forma:

— La teoría de la *res dubia*: Consideran los partidarios de esta teoría que para poder transigir una cuestión no es preciso que se haya hecho litigiosa sino que es suficiente una *res dubia*, es decir, una falta de certeza o inseguridad entre las partes. Dentro de los que apoyan esta teoría se encuentran divididos entre los que defienden una concepción subjetiva u objetiva de la duda. Si lo dudoso hace referencia a la relación jurídica o a los derechos de las partes, la incerteza será objetiva. Se trata, por tanto, de una duda sobre la disciplina de una determinada relación o sobre la propia existencia de un derecho. De otro lado, cuando es a las partes a quienes en su apreciación les parece dudoso su derecho, será subjetiva. Mientras la situación preexistente es cierta para el derecho no lo es sin embargo para las partes (...) La incerteza en función de su capacidad de generar un litigio: Si hasta ahora se ha hecho alusión a un concepto de incerteza de forma autónoma, para los partidarios de esta teoría, el análisis se centra en su capacidad para generar un litigio; es decir, vista la incerteza y el litigio en una relación de medio a fin. El elemento necesario es la *res dubia* de la que nace la controversia. De tal forma que con la conclusión de la transacción lo que las partes persiguen no es ya la eliminación de la incerteza en sí misma considerada sino en cuanto a la potencialidad de convertirse esta en causa de litigio.

— La teoría de la *res litigiosa*: Es presupuesto de la transacción la situación puramente litigiosa. Incluso aquí la incerteza puede tener cabida pero en un sentido distinto a los casos anteriores; concretamente en el sentido de que la controversia es la que hace generar siempre la duda. Por consiguiente, es el litigio, el que manifestado objetivamente con el choque de pretensiones, adopta la forma de duda. Viene a deducirse de estas consideraciones que la incertidumbre más que ser el origen de la controversia es la consecuencia de esta.

d) La ambigüedad del criterio jurisprudencial

Del mismo modo, esta última ha sido en numerosas ocasiones la orientación seguida por nuestra jurisprudencia, remarcando la necesidad de una situación de litigio en torno a las posiciones y pretensiones de las partes (SSTS de 24 de julio de 1996; 31 de enero de 1985; 8 de marzo de 1962; 26 de abril de 1963; 6 de noviembre de 1965; 29 de abril de 1966; 10 de junio de 1968; etc.).

En otras ocasiones incluso, ha llegado a afirmar el carácter de la incertidumbre como resultado de la controversia, único sentido en el que esta se puede entender: SSTS de 9 de marzo de 1948; 3 de mayo de 1958; 14 de mayo de 1982. Si bien pueden señalarse decisiones discrepantes. En unas ocasiones hablando de incertidumbre y de cuestión dudosa: SSTS de 16 de diciembre de 1953; 26 de abril de 1963; 13 de julio de 1940; 14 de mayo de 1982; 20 de diciembre de 2000; 20 de octubre de 2004. Otras veces aclara este punto y considera que los transigentes pueden alcanzar su convenio por temer razonablemente sobre el éxito de su proceso: STS de 20 de diciembre de 2000 citando a la sentencia de 6 de noviembre de 1965 [«La inseguridad propia de dicho negocio jurídico no se refiere al elemento objetivo de la relación obligatoria transigida, que necesariamente debe ser cierto, preciso, conocido y determinado, sino al resultado de la decisión jurisprudencial que pudiera poner fin a las diferencias de los contratantes, lo que constituye el factor psicológico (*timor litis*) que les mueve al otorgamiento del contrato»]. Asimismo la sentencia de 3 de mayo de 1958 estableció que la transacción versa sobre una cuestión dudosa, lo que ha de entenderse no por el valor racional de la duda, sino por su valor real, nacido de la contradicción de juicio de las partes, cualquiera que sea el fundamento con que respectivamente se contradicen o disientan. En el mismo sentido las siguientes 16 de diciembre de 1953, 16 de mayo de 1991, 18 de junio de 2007, señalando que es suficiente para que la causa exista una incertidumbre puramente subjetiva.

No obstante, muchas otras expresiones son utilizadas por la jurisprudencia de forma dispar y sin ningún criterio lógico para referirse a este primer presupuesto. De todo ello es lógico concluir que no mantiene una línea uniforme sino que más bien se expresa de forma ambigua y confusa. No viene, por lo tanto, a esclarecer la cuestión aquí planteada pues no nos ofrece un criterio seguro. Confusión explicada, por lo demás, en cuanto que en la mayoría de las ocasiones la controversia viene acompañada de dudas razonables. En cambio, sí puede servirnos como orientación el hecho de que en ningún caso el Alto Tribunal adujera la inexistencia de una incertidumbre para rechazar la validez de la transacción, mientras que por el contrario, sí que lo ha hecho en relación con la controversia.

(...) El análisis del derecho positivo —artículo 1809— pone de manifiesto como el legislador eliminó toda referencia a las cosas dudosas lo que puede dar pie a considerar que el presupuesto de la transacción no es tanto una relación jurídica dudosa como una relación controvertida y, por lo tanto, a diferencia del derecho romano, solo dirime controversias entre las partes. Precisamente la necesidad de controversia o de litigio deriva de la idea de pleito. Ahora bien, este artículo dispone expresamente que a través de la transacción las partes evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. El TS considera que no se exige rigurosamente la amenaza de un pleito sino solo su posibilidad que aparece en cuanto media cualquier desacuerdo entre las partes que fuera susceptible de provocarlo (SSTS de 8 de marzo de 1962, 8 de marzo de 1969, 21 de octubre de 1977; 18 de octubre de 1984). Puede por tanto afectar la transacción a una relación jurídica no litigiosa pero susceptible de serlo (SSTS

de 2 de junio de 1989; 16 de octubre de 1995, 5 de diciembre de 1988; 13 de octubre de 1997; 27 de noviembre de 1987, 20 de abril de 1989, 16 de mayo de 1991; 4 de abril de 1991, etc.)».

Entendemos con GULLÓN BALLESTEROS (catedrático de Derecho civil y ex magistrado del Tribunal Supremo)⁵ que es esencial a la transacción la idea de «controversia», cuando razonaba lo siguiente: «Así, pues, en los supuestos en que falte toda controversia entre las partes, aunque exista una incertidumbre objetivamente, no propiamente jurídica, sino de hecho, la transacción falta también. Si no hay controversia o —que es la misma cosa— discorde valoración de la situación jurídica por parte de los sujetos interesados —dice CARRESI— no puede existir transacción; en particular, no es transacción el acuerdo mediante el cual el acreedor, frente a la actitud del deudor que declara no estar en disposición de cumplir la obligación o también para evitar los gastos y dilaciones de un proceso, (proceso sin litis, es decir por pretensión insatisfecha, pero no negada), consiente en recibir del deudor o de un tercero por él, una suma inferior o una diversa prestación de la debida». Concluye, pues GULLÓN BALLESTEROS⁶, sobre el particular afirmando que: «Así, pues, y resumiendo sobre esta materia, la transacción para nosotros tiene como misión la de cortar una controversia, que nace precisamente del conflicto de pretensiones de las partes sobre la regulación jurídica de la situación existente entre ellos, bien se haya llevado a la autoridad judicial, bien sea susceptible de ello».

Por tanto a nuestro juicio, lo esencial es que exista controversia, discorde valoración de la situación jurídica por parte de los sujetos interesados, pues si tales diferencias no existen, tampoco puede existir transacción, la que tiene como misión cortar, poner fin a esa controversia nacida del conflicto de pretensiones de las partes sobre la regulación jurídica de la situación existente entre ellos. En definitiva, ha de haber una relación jurídica incierta, al menos subjetivamente a juicio de las partes, aunque objetivamente no lo sea.

Por ello, en el presente caso de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018, si bien *a priori* sí que podríamos estimar la existencia de una controversia (discorde valoración de la situación jurídica por parte de los sujetos interesados) que de forma aislada sí podría llevarnos a la existencia de una transacción, para ello es necesario que efectivamente hubiera una formación de la voluntad acorde, suficiente y necesaria que implicara por parte de los clientes bancarios el entendimiento de la existencia de dicha controversia lo cual no parece que pueda mostrarse completamente con los datos del caso, cobrando plena efectividad el hecho de que los clientes firmaran el contrato *sin ser conscientes de las consecuencias jurídicas y económicas que pudieran derivarse de su situación de litigiosidad*. Por tanto, dicha falta de conciencia implica que no pueda hablarse de «discorde valoración», ya que una valoración necesariamente requiere la formación de un juicio previo sobre la cuestión sobre la base de una plena cognoscibilidad del alcance del resultado de dicha valoración. De ahí que, entendamos que no puede sostenerse con claridad el elemento necesario de la transacción (controversia) para entender que nos encontramos con una transacción en el presente caso, en contra de lo que sostiene la sentencia plenaria. Si bien, somos conscientes de la dificultad de lo anterior y que en suma va a depender en gran medida la apreciación o no del elemento de la «controversia» en función de la actividad probatoria que se despliegue en el pleito en cuestión.

— *No existe una clara voluntad de las partes de lograr una transacción*

La renuncia de derechos, como manifestación de voluntad llevada a cabo por el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de

ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condición alguna, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos.

En este presente caso, de acuerdo con las anteriores precisiones, debe concluirse que no concurren los presupuestos exigibles para considerar que el citado documento contenga una auténtica y plena renuncia de derechos.

Así, no se trata de una renuncia en sentido propio. El cliente se limita a firmar un documento elaborado y prerredactado por la entidad bancaria a tal efecto y llevado por la confianza, y la urgencia o necesidad, de obtener una solución al problema surgido de hacer frente a las consecuencias negativas de una cláusula suelo en cuya negociación faltó la transparencia adecuada.

— *Transacción y Novación*

Somos conscientes de la dificultad de apreciación de los dos elementos anteriormente analizados por el Voto Particular (existencia de controversia y voluntad clara e inequívoca) aunque de los datos del caso podamos asumir la inexistencia de los mismos, por lo que el análisis del particular habrá de ser determinante para poder verificar la concurrencia de tales requisitos de la transacción.

Sin embargo a nuestro juicio, sí que existe un clásico en materia de transacción que no es abordado ni en la sentencia del Pleno ni en el Voto Particular y que puede permitir entender que no nos encontramos ante una transacción en el supuesto de Autos con mayor facilidad que el análisis de los meritados elementos anteriores, a saber, el difícil deslinde entre las figuras de la transacción y la novación, ya que esto no está exento de dificultades doctrinales y jurisprudenciales, enraizando profundamente con la concepción que se siga sobre la transacción.

TAMAYO HAYA (*vid. op. cit.*), afirma lo siguiente: «En efecto, en primer lugar la transacción no es en sentido estricto una novación y así lo derivamos de un análisis comparativo entre ambas figuras: —Si bien la novación viene referida únicamente a las relaciones obligatorias sin tipificarse en un contrato singular, la transacción, por contra, es un tipo contractual que puede extenderse a todo tipo de relación real u obligatoria. —Pese a que ambas operan sobre una relación preexistente, el carácter de esta varía, pues si bien la transacción parte de la existencia o posibilidad de un litigio que provoca un estado de incerteza, en la novación esta premisa se centra en la existencia segura de una obligación. —Mientras la novación opera una sustitución de obligaciones unidas entre sí por un estricto nexo causal, de tal forma que la validez de la obligación nueva presupone aquella de la obligación novada, la transacción novativa sustituye una relación incierta e inválida por otra cierta y válida haciendo independiente la validez de la obligación nueva de la situación precedente. —El *animus novandi* se contrapone al *animus transigendi*: Aunque en un primer momento parezca que pueda darse una novación, las partes no tienen intención de novar, no persiguen la modificación o extinción de una relación obligatoria, sino evitar un pleito.

La consecuencia inmediata de estos argumentos es clara: La transacción no está subordinada a los requisitos y normas de la novación porque los dos institutos son de naturaleza jurídica profundamente diversa, solo coinciden eventualmente en los efectos. Cuando así ocurra, las partes no están haciendo un contrato de novación sino un contrato de transacción novatorio (En este sentido dice la STS de 30 de marzo de 1992 que el contrato suscrito no puede tener la consideración de una novación extintiva sino de un contrato transaccional novatorio y por lo tanto no ha de seguirse la disciplina jurídica del art. 1204). Solo el resultado práctico de la novación puede constituir en algunas ocasiones

un efecto del negocio transativo como una consecuencia del negocio jurídico no buscada sino producida.

Los autores vienen a ligar el efecto novatorio o no a la respuesta que se dé sobre la cuestión relativa a la naturaleza de la transacción. Puede que haya solo reconocimiento, en el que la nueva obligación no discrepe en nada de la antigua sino que se limite a fijarla o aclararla, con lo cual, lo único que ocasiona es la creación de certeza y no la creación ni la transferencia de derechos; consiguientemente no produce efecto innovador alguno. O que se produzca la creación de una relación de derechos nueva, en la que la transacción opere como causa o fuente del nuevo contrato o de la modificación del antiguo. Difícilmente la transacción cuando se haga con la creación de alguna nueva relación y la contemporánea extinción de cualquier relación preexistente, evitará el ámbito de la novación».

A nivel jurisprudencial la cuestión no está bien aclarada, así TAMAYO HAYA (*vid. op. cit.*) «la jurisprudencia no aporta luz en esta materia, en cuanto que no existe una línea jurisprudencial uniforme. Si venía a considerarse a la transacción como una forma de novación era en cuanto sustituía relaciones precedentes pero sin indicarnos cómo se realiza, ni el alcance de la modificación (SSTS como la de 26 de junio de 1969, 9 de marzo de 1948, 4 de abril de 1991). En otras ocasiones se limita a realizar meras declaraciones genéricas del efecto novatorio (SSTS de 6 de noviembre de 1993, 5 de abril de 1957, 10 de abril de 1964, 13 de junio de 1966, 26 de junio de 1969). Y no han faltado sentencias que han reconocido tanto la existencia de una novación extintiva como modificativa (SSTS de 8 de febrero de 1926 —núm. 106, t. 87, 432—, 26 de abril de 1963, 19 de diciembre de 1960). Indica la STS de 10 de julio de 2002 que «*toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones en sustitución de los extinguidos, o la modificación de estos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, tienen carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta e incontrovertida*». La siguen sentencias de 29 de julio de 1998, 15 de noviembre de 2004, 8 de julio de 2008;... En cambio, otra línea jurisprudencial, en contra de lo que pareciera suponer de lo anterior, rechaza la aplicación de las normas de la novación a la transacción (STS de 6 de febrero de 1959).

Por su parte, otros autores como DURÁN RIVACOBA y MENÉNDEZ MATO⁷, razonan que: «Transigir comporta de suyo el cambio en las obligaciones previas, en este caso sobre su faceta jurídica. En términos doctrinales el fenómeno se conoce por novación, capítulo en el que de inicio se discute acerca de su naturaleza modificativa o extintiva de la hipótesis o presupuesto de partida. El mismo que promueve su solución a través de mutuas contraprestaciones marcadas en el Código Civil como dar, prometer o retener alguna cosa».

Estos últimos autores, se hacen eco de la jurisprudencia existente que confirma la existencia del carácter novatorio de la transacción, del siguiente modo: «Ya se siga la orientación doctrinal que asigna a la transacción una finalidad de eliminación de controversias mediante una nueva reglamentación y una nueva situación contractuales, en tanto en el negocio de fijación jurídica la situación permanecería idéntica aunque aclarada, ya se siga el criterio jurisprudencial que equipara, al menos en algunos casos, las consecuencias jurídicas de ambas figuras, como mediante un detallado análisis de la doctrina de esta Sala explica la reciente sentencia de 15 de marzo del corriente año, lo cierto es que, según declara la jurisprudencia, toda transacción provoca el nacimiento de nuevos vínculos u obligaciones, en sustitución de los extinguidos, o la modificación de estos, de suerte que, sea judicial o extrajudicial, «*tiene carácter novatorio y produce el efecto de la sustitución de una relación jurídica puesta en litigio por otra cierta*».

e incontrovertida» (sentencia de 29 de julio de 1998 [RJ 1998, 6452], con cita de otras muchas), declarando a su vez la Sentencia de 29 de noviembre de 1991 [RJ 1991, 8575] que será la transacción la que «regule las reclamaciones futuras ínsitas en la materia transigida, bien integren la ratificación, modificación o extinción de todas o alguna parte de aquellas o la creación de otras distintas», y la de 30 de octubre de 1989 [RJ 1989, 6972] que en toda transacción deben entenderse resueltas y terminadas cuantas cuestiones tengan relación directa con el objeto transigido, en tanto no exista excepción expresa (sentencia de 11 de noviembre de 1904), y si tiende a evitar la prosecución de un pleito o a poner término al ya comenzado, como dice la sentencia de 30 de marzo de 1950 [RJ 1950, 573], no garantiza el evento de que uno de los contratantes la incumpla y haga precisa la intervención judicial para vencer la voluntad rebelde y procurar que la transacción rinda su finalidad esencial de dirimir divergencias en la forma convenida por los propios contratantes» (STS de 10 de julio de 2002 [RJ 2002, 5908]).

Por otro lado, GULLÓN BALLESTEROS⁸, cuando analiza la naturaleza jurídica de la transacción propone una serie de ejemplos que estimamos muy útiles para el tratamiento y resolución del problema que en estos momentos nos ocupa, cuando nos ilustra del siguiente modo:

«Para la debida comprensión del tema conviene partir de los siguientes esquemas que constituyen la estructura u osamenta de la generalidad de los acuerdos transaccionales: Una de las partes renuncia a sus pretensiones a cambio de que la otra, que ve reconocida su situación jurídica, se comprometa a realizar una prestación en favor del renunciante (entregarle una cantidad de dinero, una cosa mueble o inmueble, etc.). Una de las partes renuncia parcialmente a sus pretensiones, y en contraprestación la otra hace igual (A reclama a B mil, y transigen reconociéndose este último deudor de quinientos). Ambas partes renuncian a sus pretensiones, a cambio de la eliminación de la relación jurídica de donde nació la controversia, o de su modificación. Aquí, a diferencia de los casos anteriores, no hay renunciadas ni reconocimientos, sino una novación modificativa o extintiva de una relación jurídica, que tiene una causa transativa (la eliminación de la controversia). Por ejemplo, el arrendador sostiene que el arrendatario no estaba facultado por el contrato para hacer las obras que ha realizado, y este lo contrario. Ponen a fin a sus diferencias, celebrando un nuevo contrato de arrendamiento o modificando el antiguo en las cláusulas referentes a la renta, que se acuerda o aumenta en una revisión anual.

En la primera hipótesis, cuando lo sacrificado es un derecho distinto del controvertido, el contrato de transacción es causa justificativa del desplazamiento patrimonial y por ello puede decirse que tiene naturaleza dispositiva. Su reciprocidad y onerosidad se encuentra en que, a cambio de una prestación, el que la ha de recibir renuncia a sus pretensiones, reconociendo así la situación jurídica del obligado a hacerla y, por supuesto, la fuente en donde tal situación se asienta o de donde dimana (un testamento, un contrato, etc.).

En la segunda hipótesis, hay que descartar la naturaleza traslativa de la transacción, opinión por otra parte muy minoritaria en la doctrina, porque ni A ha dado nada a B ni este a aquel. Sus renunciadas no tienen por objeto derechos ciertos ni determinados, sino pretensiones. ¿Es entonces modificativa de la situación jurídica existente entre A y B? Aparentemente sí, pero en rigor no se podría afirmar, porque la verdadera situación jurídica, ha quedado oscurecida por la controversia. Por tanto, en esta hipótesis las partes lo que han hecho es fijar o aclarar su verdadera situación jurídica, mediante renunciadas y reconocimientos, como lo hace una sentencia o un laudo arbitral. La diferencia estribaría en que

la ley obliga en esta fijación convencional a proceder por la vía de mutuas concesiones. Ahora bien, la transacción es un contrato, que como tal crea obligaciones entre las partes. Aquí serían las de no dar a la situación jurídica existente entre ellas más sentido o alcance que el que se ha plasmado en la nueva transacción. Por tanto, sería una nueva fuente de una relación jurídica, que coexistiría aclarándola y fijándola. En el ejemplo que se puso, obsérvese que B se reconoce deudor por el mismo título con el que A le reclamaba mil, cuyo alcance y extensión ha fijado la transacción pero sin hacerlo desaparecer.

En la última hipótesis, la transacción es la causa del nuevo contrato o de la modificación del antiguo, y aquí es indudablemente fuente de una relación jurídica nueva que sustituye a la anterior, o de una modificación de esta».

En la inteligencia de lo anterior, traemos también a colación las palabras de GULLÓN BALLESTEROS⁹, acerca de lo que estima una novación con finalidad transativa cuando razona esto: «Ahora bien, el que en la típica transacción el efecto novatorio no se consiga, no quiere decir que no pueda hacerse una novación que implique modificación o extinción de la relación precedente de donde las partes arrancan sus pretensiones que han dado origen a la controversia. En esos casos se compone la *litis*, no fijando o declarando el derecho o pretensión discutida, sino eliminando o modificando su fuente. Así, cuando se renuncia, a la acción de desahucio por obras incontinentidas acordando el arrendador y arrendatario la celebración de un nuevo contrato de arrendamiento, o la modificación en algunas de sus cláusulas del primitivo. En rigor se debe hablar más que de transacción novativa, de novación con finalidad transativa, porque falta toda declaración o fijación esencial de la genuina transacción».

Para la ubicación del contrato firmado por las partes litigantes en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 en uno de los ejemplos expuestos por GULLÓN BALLESTEROS (*...que constituyen la estructura u osamenta de la generalidad de los acuerdos transaccionales*) conviene transcribir el pacto suscrito, que fue en lo que ahora nos interesa del siguiente tenor:

»PRIMERO. *Con efecto desde la próxima cuota de préstamo pactada y para toda la vida del préstamo, el tipo mínimo aplicable de interés será el 2,25%, en sustitución del convenido inicialmente.*

»En consecuencia, si el tipo de interés aplicable en cada momento, calculado en la forma estipulada en la escritura de préstamo reseñada, fuera inferior al tipo mínimo del 2,25% ahora convenido, se aplicará de forma preferente este último.

»SEGUNDO. *El resto de condiciones financieras, incluido el tipo máximo de interés aplicable, no sufren variación alguna y seguirán en vigor a todos los efectos.*

»TERCERO. *Las PARTES ratifican la validez y vigor del préstamo, consideran adecuadas sus condiciones y, en consecuencia, renuncian expresa y mutuamente a ejercitar cualquier acción frente a la otra que traiga causa de su formalización y cláusulado, así como por las liquidaciones y pagos realizados hasta la fecha, cuya corrección reconocen.*

Ubicados en el esquema transativo anterior, el cliente bancario en el presente caso no deja de reclamar el principal e intereses derivados de la nulidad de la cláusula suelo porque a cambio recibe una prestación del Banco. Tampoco el cliente bancario está reclamando una cantidad por principal e intereses derivados de la nulidad de la cláusula suelo y acuerda con el Banco que se le entregue una cantidad inferior, sino que el cliente bancario accede a no interponer la demanda de nulidad de la cláusula suelo para la reclamación de principal e intereses y a cambio ambas partes modifican el tipo mínimo aplicable (suelo) del 4,25% al 2,25%, es decir, modificando el contrato de préstamo firmado entre ambos.

Pues bien, a nuestro juicio, el cliente bancario está renunciando a una de sus pretensiones (acción de nulidad para la eliminación por completo de la cláusula suelo) que inicialmente era sostenida en su integridad por el Banco, mediante la modificación del contrato que les unía (la rebaja de la cláusula suelo), lo que supone en nuestra opinión que en el caso de Autos nos encontremos ante una novación con finalidad transativa y no ante una simple transacción, por lo que entendemos plenamente aplicable al caso el artículo 1208 del Código Civil (*nulidad de la novación al ser nula la obligación primitiva*)¹⁰ en contra de lo que opina el Tribunal Supremo y de conformidad con lo que estima el Voto Particular, aunque este último no resulte en nuestra creencia lo suficientemente explícito sobre este particular.

ii) *Transacción en el ámbito de la contratación con consumidores*

a) Argumentos del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo aludiendo a la validez de la mediación y de la homologación judicial de acuerdos celebrados entre consumidores y empresarios, admite que la transacción no está prohibida en el ámbito de la contratación con consumidores, razonando lo siguiente:

«Pero el hecho de que en la mediación existan unas garantías que no se dan en la transacción, no determina que necesariamente la transacción esté vedada en el ámbito de consumo, al no existir norma que lo prohíba. Sin perjuicio de que la ausencia de estas garantías en la transacción derive en una revisión de la validez del acuerdo a la luz de las normas que regulan los contratos celebrados con consumidores para preservar así el debido respeto a sus derechos establecido en normas imperativas.

7. Esta interpretación se adecua al criterio seguido por esta Sala en resoluciones anteriores que se refieren a la validez y eficacia de los acuerdos transaccionales alcanzados entre un empresario y un particular. Así por ejemplo, esta Sala, estando pendiente la resolución de los recursos de casación en casos similares al presente en que estaba en cuestión una cláusula suelo, ha homologado las transacciones alcanzadas por las partes [autos de 8 de junio de 2016 (recurso núm. 826/2015) y 6 de julio de 2016 (recurso núm. 801/2015)]».

b) Argumentos del Voto Particular

Por su parte el Voto Particular de ORDUÑA MORENO, sin rechazar la posibilidad de transacción en el ámbito de la contratación con consumidores estima que:

«Tampoco la entidad bancaria podía recurrir a la figura de la transacción para dejar sin efecto las normas imperativas de protección de los consumidores por medio de una previa renuncia de sus acciones, esto es, de su derecho básico a que las cláusulas predisuestas queden sujetas al control de transparencia y puedan ser declaradas abusivas y, por tanto, nulas de pleno derecho con los correspondientes efectos restitutorios. (art. 10 TRLGDCU, en relación con el artículo 86.7 de dicho texto legal). Del mismo modo, que la citada renuncia de acciones no puede vulnerar el derecho de los consumidores a la tutela judicial efectiva, es decir, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo».

c) Nuestra opinión

En términos generales y en relación con la posibilidad de renuncia expresa a la posible impugnación judicial, hemos de citar el rechazo existente a la misma en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1986 (*RJ* 1986, 1168), sobre compraventa de acciones y arbitrador, al analizar una cláusula similar dispuso que:

«...Ciertamente una estipulación como la transcrita desconoce el fundamental «derecho al proceso» en el orden jurisdiccional, impidiendo el de obtener la tutela efectiva reconocida en el artículo veinticuatro, apartado primero, de la Constitución (RCL 1978, 2836) y por lo tanto el de acudir a los Tribunales para alcanzar una resolución fundada, vicio determinante de la ineficacia de la renuncia de que se trata en cuanto vulnera una norma inserta en la Lex Suprema, a cuyo mandato habrá de acomodarse lo prevenido en el artículo sexto, párrafo dos, del Código Civil, sobre la carencia de validez de tal acto dispositivo cuando concurre o contrarie el interés o el orden público...».

De igual forma, aunque en ámbito diferente se pronuncia en relación con dicha renuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3586), en la que se declara la nulidad de la cláusula contractual plasmada en escritura de protocolización de operaciones particionales en la que se establece un compromiso de no impugnar judicialmente la escritura y se penaliza a quien acuda a los Tribunales, puesto que es irrenunciable preventivamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

En el ámbito de la contratación de los consumidores y usuarios, las renunciaciones de acciones del consumidor son nulas de pleno derecho debido a su consideración como cláusula abusiva.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores contiene un anexo con un listado de cláusulas que se consideran abusivas en todo caso; entre ellas se encuentra la siguiente:

q) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que, conforme a la legislación aplicable, debería corresponder a otra parte contratante.

También el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias contiene un extenso listado de cláusulas abusivas, entre las que se encuentra esta previsión:

Artículo 86. Cláusulas abusivas por limitar los derechos básicos del consumidor y usuario.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean:

(...)

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

Ya hemos visto que la nulidad y la eliminación de todos los efectos de las cláusulas abusivas es cuestión de orden público, por lo que parece claro que la

libertad de contratar no puede amparar un pacto que trata de mantener la validez al menos parcial de una cláusula contraria al orden público.

Incluso, en el artículo 89.8 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, se equipara renuncia y transacción, en cuanto al resultado de la nulidad de las mismas, en una de las cláusulas abusivas que lista, cuando se regula expresamente lo siguiente:

«8. *La previsión de pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor y usuario a la elección de fedatario competente según la ley para autorizar el documento público en que inicial o ulteriormente haya de formalizarse el contrato*».

Por tanto, estimamos en contra de lo sostenido por el Tribunal Supremo en esta Sentencia de Pleno de 11 de abril de 2018 que la renuncia de acciones existente en el pacto firmado por las partes litigantes es una cláusula abusiva y por tanto nula de pleno derecho y en coincidencia con el Voto Particular; entendemos que la misma vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva —digno por tanto de tutela constitucional— al vedar al consumidor la posibilidad de que el Juez nacional se pueda pronunciar de oficio en un litigio sobre la existencia de una cláusula abusiva.

Cabe recordar, entre otras que la STC 51/2003, de 17 de marzo (RTC 2003, 51) con cita de la STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76), F. 7, «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene *«carácter irrenunciable e indisponible»*, lo que no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la renuncia a su ejercicio cuando ello redunde en beneficio del interesado, pues *«si bien los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles, ello es perfectamente compatible con el establecimiento de límites temporales dentro del ordenamiento para el ejercicio de las correspondientes acciones (STC 7/1983 [RTC 1983, 7], F. 3). Si la imprescriptibilidad de los derechos fundamentales no es un obstáculo al carácter temporal de las acciones para su defensa, la irrenunciabilidad de tales derechos no impide tampoco 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 aquel ejercicio*».

Es decir, en nuestra opinión la renuncia de acciones existente en el pacto enjuiciado en la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva no solo porque veda la posibilidad al juez nacional de pronunciarse de oficio sobre la nulidad de una cláusula abusiva (cláusula suelo que no haya sido transparente) sino también porque ningún beneficio supone para el interesado no reclamar judicialmente la nulidad de la cláusula suelo abusiva.

iii) *La transparencia en la transacción y la prohibición de integración de la cláusula abusiva por parte del juez nacional*

Los clientes aceptan la propuesta del banco de impedir futuras controversias judiciales al respecto mediante la reducción del suelo al 2,25%, y para acreditarlo transcriben de puño y letra el texto en el que se afirma lo siguiente:

«*Soy consciente y entiendo que el tipo de interés de mi préstamo nunca bajará del 2,25% nominal anual*».

a) Argumentos del Tribunal Supremo

La sentencia plenaria entiende que en el presente caso ha existido transparencia en la transacción en función de lo siguiente:

«El cumplimiento de estos deberes de transparencia en este caso viene acreditado porque, en un contexto temporal en que, por la difusión en la opinión pública general de la sentencia de 9 de mayo de 2013, era notoriamente conocido no solo la existencia de estas cláusulas suelo y su incidencia en la determinación del interés variable aplicable al préstamo, sino también que podían ser nulas cuando no se hubieran cumplido las exigencias de transparencia (...) Aunque no necesariamente la transcripción manuscrita de la cláusula equivale a su comprensibilidad real por el consumidor que la transcribe, es indudable que contribuye a permitir la constatación de su propia existencia y a resaltar su contenido. De hecho, ha sido la forma usual empleada después de la sentencia 241/2013, de 9 de mayo, para dejar constancia del cumplimiento de los deberes de transparencia, y de ella se hace eco el artículo 13.2.d) del proyecto de ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, cuando, bajo la rúbrica “Comprobación del cumplimiento del principio de transparencia material”, establece entre los extremos que permitirían la comprobación de este principio:

«La manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, los documentos descritos en el artículo 12.1, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación».

Y sobre la base de las anteriores consideraciones concluye que:

«Las circunstancias temporales y el modo en que los consumidores manifestaron de forma manuscrita su conformidad con un suelo del 2,25% ponen en evidencia que el banco, previamente a la firma de la transacción, cumplió con las exigencias de transparencia y que sus clientes consumidores conocían los términos de la transacción y las implicaciones económicas y jurídicas que conllevaban.

Por lo tanto, el hecho de que existiera incertidumbre sobre la nulidad de la cláusula suelo en cuestión dado que el Tribunal Supremo en su sentencia de Pleno de 9 de mayo de 2013 había establecido que solo las cláusulas suelo que no pasasen el control de transparencia podían ser declaradas abusivas y por tanto nulas, junto con la firma manuscrita existente en el contrato son más que suficientes para decantarse porque la cláusula de renuncia de acciones había sido transparente en el presente caso.

b) Argumentos del Voto Particular

Partiendo del carácter de condiciones generales de la contratación de los documentos firmados por las partes el magistrado ORDUÑA MORENO llega a la válida conclusión del contraste del control de transparencia en el presente caso.

La falta de transparencia de los documentos firmados entre las partes, entre los que se encuentra la cláusula de renuncia de acciones, es razonada por el autor del Voto Particular, del siguiente modo:

«En efecto, teniendo en cuenta todos los elementos que en el presente caso tienen incidencia en el alcance del compromiso asumido por los consumidores se observa que los documentos predispuestos por la entidad bancaria no contienen ese “plus” de información, principal y comprensible, acerca de la trascendencia y de la carga jurídica y económica que para los consumidores reporta la cláusula de renuncia de acciones y conformidad con las liquidaciones y pagos realizados

(estipulación tercera de los citados documentos). Y no lo contienen porque de un modo deliberado los documentos predisuestos parten de la “validez y vigor de los préstamos suscritos”, “de su formulación y cláusulado”, justificando la modificación operada, al margen de cualquier acuerdo transaccional, en el “cambio de la coyuntura económica financiera” (exponiendo V); por lo que la cláusula de renuncia de acciones se le presenta al consumidor de un “modo inocuo”, sin ninguna suerte de carga económica o sacrificio patrimonial por su parte, ni de carga jurídica en detrimento de los derechos inherentes a su condición de consumidor. De forma que se le “oculta” la verdadera razón de su predisposición, es decir, la cobertura o blindaje para el predispone de las previsibles consecuencias o efectos que se deriven de la declaración de abusividad de las cláusulas suelo incluidas en los iniciales contratos de préstamo hipotecario (...).

El profesional predispuso una oferta “engañosa” con aptitud e idoneidad para afectar el comportamiento de los clientes sobre la base de “silenciar” datos fundamentales que ofrecieran una mínima concreción sobre las consecuencias jurídicas y económicas que los clientes asumían con su adhesión: ocultar el carácter litigioso de dichas cláusulas suelo en materia de consumidores y la posibilidad de denunciar su abusividad y de reclamar las consecuencias derivadas a los efectos de la restitución procedente».

A juicio del autor del Voto Particular, las palabras de la sentencia de la Audiencia, son sumamente relevantes y correctas, acerca de la falta de transparencia de los documentos firmados, cuando afirman lo siguiente:

«La verdadera libertad contractual se hubiera manifestado tras la liberación al consumidor por la entidad del cumplimiento de la cláusula tachada como nula, con un acuerdo ulterior, muy improbable, en el que el consumidor libremente aceptara una limitación ex novo a la bajada del tipo de interés inferior al suscrito con la cláusula dejada sin efecto».

La verdadera voluntad de los renunciantes es analizada de la siguiente forma por el Autor del Voto Particular:

«En suma, para apreciar la ineficacia de estos documentos predisuestos bastaba, en términos del propio TJUE, que nos planteáramos si “el profesional, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, hubiere estimado razonablemente que este aceptaría la cláusula en cuestión en el marco de una negociación individual” (entre otras, STJUE de 14 de marzo de 2013). La respuesta la dan los propios consumidores que, tras la firma de los citados documentos y con fundamento en el carácter abusivo de las cláusulas suelo, interesan ahora, cuando son plenamente conscientes de la situación, la ineficacia de ambos documentos».

Declarada la cláusula suelo abusiva por falta de transparencia, la posibilidad de aceptar una renuncia a acciones judiciales para instar la nulidad de la misma por parte del juez nacional, entraría en contradicción con dicha posibilidad de integrar la cláusula nula que tiene establecido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

De esta forma, el autor del Voto Particular, razona en base a dicha prohibición de la facultad de integrar que tiene el juez nacional la nulidad de la cláusula de renuncia de acciones contra la cláusula suelo que haya sido declarada nula y la imposibilidad de su admisibilidad por parte del Juez nacional so pena de incurrir en la prohibición citada, con el siguiente tenor literal:

«El presente caso que, como se ha señalado, no puede reconducirse ni a un supuesto de mediación, ni a una homologación judicial de convenio transaccional, habrá que concluir que el régimen de ineficacia absoluta de la cláusula suelo declarada abusiva se “extiende” también a aquellos actos o negocios que traigan

causa directa de las cláusulas declaradas abusivas y, por ende, traten de “moderar”, “integrar” o “convalidar” la ineficacia resultante, bien rebajando el interés mínimo de la cláusula suelo, o bien, y de forma más relevante, predispone una renuncia de los derechos básicos de los consumidores contraria, además, a la tutela judicial efectiva de los consumidores (art. 24 CE), esto es, al control judicial de oficio de las cláusulas suelo y de las posteriores renunciaciones predispuestas por el profesional».

Por tanto, los argumentos del Voto Particular para apreciar la falta de transparencia de la renuncia de acciones contra la cláusula suelo abusiva y declarada nula son los siguientes:

- La renuncia de acciones parte de la validez de la cláusula suelo.
- La renuncia de acciones solo tiene como finalidad blindar a la entidad de crédito frente a las acciones jurídicas de los firmantes de la cláusula suelo a quienes no se les informa de esta posibilidad.
- La renuncia de acciones no fue realmente entendida por los firmantes de las mismas, ya que de haberlo sido así y hubiera sido fruto de una negociación individual y no predispuesta sin la información suficiente para la inteligencia de la misma, no hubiera sido firmado por los prestatarios, lo que se evidencia por el propio hecho de la posterior reclamación judicial de la nulidad de la cláusula suelo abusiva pese a la renuncia de acciones existente.
- Si aceptáramos la validez de la renuncia de acciones frente a la cláusula suelo abusiva, estaríamos yendo en contra del efecto disuasorio y por lo tanto contra la prohibición que tiene el juez nacional de moderar, integrar o convalidar la cláusula abusiva.

c) Nuestra opinión

Sin dejar de compartir y apreciar los argumentos ofrecidos por parte de la Audiencia Provincial y del propio Voto Particular acerca de la evidente falta de transparencia existente en la cláusula de renuncia de acciones, en nuestra opinión al igual que ocurrió en el caso de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 que declaró la falta de irretroactividad plena de los efectos de la nulidad de la cláusula abusiva lo que tuvo que ser corregido por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016, el argumento que consideramos esencial para criticar el fallo de la sentencia del Tribunal Supremo —desde el punto de vista de la primacía del Derecho de la Unión Europea— es de nuevo la prohibición que tiene el juez nacional de integrar, moderar o convalidar los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva.

Y así, recordamos de nuevo que precisamente esa facultad de moderar la cláusula abusiva nula fue uno de los argumentos que el magistrado ORDUÑA MORENO sostuvo en el Voto Particular al Fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2015 y que entendemos que fue apreciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al enmendar el Fallo de la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 y estimar que no se puede limitar el efecto de la nulidad de la cláusula abusiva.

Es decir, la admisión de la cláusula de la renuncia de acciones contra la cláusula suelo abusiva y por tanto nula por parte de la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2018 entra claramente en contradicción con la imposibilidad que el juez nacional tiene de integrar, moderar o convalidar

los efectos de la cláusula abusiva declarada nula, siendo este el argumento que debería ser tenido en cuenta en el planteamiento de la correspondiente cuestión prejudicial que a buen seguro se producirá, ya que mediante la validación de dicha renuncia sin duda se está imposibilitando el alcance natural absoluto de la declaración de nulidad de la cláusula suelo que se predica del Derecho de la Unión Europea, en términos análogos con lo que ocurriera con la frustrada pretensión del Tribunal Supremo de limitar la retroactividad absoluta de la nulidad de la cláusula suelo.

Adicionalmente, reiteramos que, a nuestro juicio, en el caso de Autos nos encontramos ante una novación con finalidad transativa y no ante una simple transacción, por lo que entendemos plenamente aplicable al caso el artículo 1208 del Código Civil (*nulidad de la novación al ser nula la obligación primitiva*) en contra de lo que opina el Tribunal Supremo y de conformidad con lo que estima el Voto Particular, resultando este el argumento general de nuestro sistema general de obligaciones y contratos con el que contamos al igual que, en su día, lo hacíamos con el artículo 1303 del Código Civil en cuanto a la retroactividad absoluta de la nulidad. Esta argumentación general debería coexistir en el plano judicial nacional con los argumentos provenientes del derecho de consumo a tener en cuenta por nuestros Juzgados como son la transparencia en la contratación con consumidores y la imposible moderación, integración y convalidación de los efectos de una cláusula abusiva nula.

III. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTIZ. ¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales, www.uclm.es/centro/cesco
- DURÁN RIVACOBA-MENÉNDEZ MATO. *La transacción expresa y tácita*. Thomson-Reuters, 2017.
- EZQUIAGA GANUZAS. *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*, Madrid, 1964.
- *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II.
- ORDUÑA MORENO. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: delimitación básica del contexto valorativo de la Directiva 93/13. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2017
- SANCHO REBULLIDA. *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II.
- TAMAYO HAYA. *Código Civil Comentado*. Volumen IV [Libro IV, De las Obligaciones y Contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final)]. 2.ª. Cañizares Laso, Pablo Contreras y Orduña Moreno (dir.). Civitas, 2.ª edición. 2016.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016
- STC de 26 de abril de 1990
- STC de 17 de marzo de 2003
- STS de 10 de marzo de 1986

- STS de 31 de mayo de 2000
- STS de 25 de marzo de 2015
- STS de 23 de diciembre de 2015
- SPTS de 24 de febrero de 2017
- SPTS de 11 de abril de 2018

NOTAS

¹ ORDUÑA MORENO. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016: delimitación básica del contexto valorativo de la Directiva 93/13. *Revista Aranzadi Doctrinal*, num. 2/2017.

² AGÜERO ORTIZ. «¿Retroactividad o irretroactividad de la eliminación de las cláusulas suelo? o de la rebelión de los juzgados y audiencias provinciales», www.uclm.es/centro/cesco. *Vid.* a título de ejemplo: *Sentencia del JPI núm. 4 de Ourense, de 13 de mayo de 2013; Sentencia del JMER núm. 2 de Málaga, de 23 de mayo de 2013; Auto del JPI núm. 1 de Barcelona, de 31 de mayo de 2013; Sentencia del JMER núm. 10 de Barcelona, de 7 de junio de 2013; Sentencia del JMER núm. 1 de Bilbao, de 19 de junio de 2013.*

En contra sin embargo y de nuevo a título de ejemplo: *Sentencia de la AP de Badajoz, de 27 de junio de 2013 y Sentencia de la AP de Córdoba, de 18 de junio de 2013.*

³ EZQUIAGA GANUZAS. *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 89 y 90.

⁴ TAMAYO HAYA. *Código Civil Comentado. Volumen IV [Libro IV, De las Obligaciones y Contratos. Contratos en particular, derecho de daños y prescripción (arts. 1445 al final)]*. 2.^a. Cañizares Laso, Pablo Contreras y Orduña Moreno (directores). Civitas, 2.^a edición. 2016.

⁵ GULLÓN BALLESTEROS, *La Transacción*, Madrid, 1964, 26.

⁶ *Vid. op. cit.*, 30.

⁷ DURÁN RIVACOPA-MENÉNDEZ MATO. *La transacción expresa y tácita*. Thomson-Reuters, 2017, 114.

⁸ GULLÓN BALLESTEROS. *Comentarios al Código Civil*. Ministerio de Justicia, 1990, Vol. II, 1769 y 1770.

⁹ GULLÓN BALLESTEROS. *La Transacción*, 1964, 77.

¹⁰ Sobre la novación convalidante, recordamos la interpretación del artículo 1208 del Código Civil que se efectúa sobre su aplicación a la anulabilidad y no a la nulidad, cuando dicha norma se refiere «salvo...que la ratificación convalide los actos nulos en su origen». De esta forma, SANCHO REBULLIDA razonaba que: «Conocida es la imprecisión terminológica del Código en materia de ineficacia de los actos jurídicos; en este sentido es cierto que el artículo 1208 está pensando principalmente, con referencia a la anulabilidad (a la «anulabilidad» de los artículos 1300 a 1311), como dice — aunque, seguramente, con excesivo rigor en la exclusión de la nulidad absoluta — la STS 26-X-1959 «este precepto contempla la anulabilidad, y no la nulidad, ya que, si no se produce la novación, pues equivale al no nacimiento». La referencia es, empero, rigurosamente cierta en cuanto a la salvedad que el precepto hace de la ratificación». SANCHO REBULLIDA. *Comentarios al Código Civil, Ministerio de Justicia*, 1990, Vol. II, 309.

3. URBANISMO

La alteración de la reparcelación a través de las llamadas operaciones jurídicas complementarias: contenido, requisitos y límites

Complementary operations to amend or adjust previous plot-redivision projects: content, conditions and limits

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

Abogado

RESUMEN: En este comentario se trata de recopilar los pronunciamientos más relevantes de la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado para sistematizar el régimen jurídico aplicable a las operaciones jurídicas complementarias, con análisis de su concepto, clases, ámbito de aplicación, límites y requisitos de orden administrativo y urbanístico, así como las circunstancias relativas a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

ABSTRACT: *This commentary seeks to compile the most relevant pronouncements of the case law and the doctrine of the General Directorate of Registries and Notaries about the complementary operations to amend or adjust plot-redivision projects, in order to systematize the regime applicable to them, with analysis of their concept, classes, scope of application, limits and their administrative and urban planning requirements, as well as the circumstances related to their registration in the Property Registry.*

PALABRAS CLAVE: Operación jurídica complementaria. Proyecto de reparcelación.

KEY WORDS: *Complementary legal operation. Amend. Adjust. Plot-redivision project.*

Resolución de 2 de abril de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS.

2. CONCEPTO Y GENERALIDADES DE LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS: A) *Concepto y caracteres*. B) *Clases*. C) *Contenido y límites*. 3. REQUISITOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO. 4. REQUISITOS URBANÍSTICOS: A) *En relación con el proyecto de reparcelación*. B) *En relación con el planeamiento urbanístico*. 5. REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta en el Registro de la Propiedad una serie de documentos acreditativos de un acuerdo municipal firme de revisión de oficio de parte de un proyecto de reparcelación inscrito, que afectaba exclusivamente a una de las fincas de resultado, junto al acuerdo municipal aprobatorio de una operación jurídica complementaria por la que se modifica una página de dicho proyecto, en que se realiza la adjudicación de la misma con el fin de sustituir al sujeto adjudicatario de la misma.

El Registrador suspende la práctica de la inscripción solicitada, en esencia, por no constar el consentimiento del titular registral de la finca de resultado ni resolución judicial que dispusiera la rectificación del Registro.

II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurrida la calificación por el Ayuntamiento autor del acto administrativo, la resolución de 2 de abril de 2018 desestimó el recurso confirmando la calificación negativa, en esencia, por aplicación del régimen general de rectificación del Registro previsto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que a tal fin exige como regla general el consentimiento del titular registral o resolución judicial determinante de la rectificación.

Frente a la indicada regla general, matiza la resolución en el último párrafo su Fundamento 3 que «no es, por tanto, inexcusable siempre y en todo caso el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas. Manifestación concreta de esta posibilidad es la reflejada en el apartado 3 del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por el Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, en el que se contempla la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad «las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan que se ejecute», una vez aprobadas por el órgano urbanístico actuante, a través del procedimiento legalmente previsto».

Tras la fundamentación jurídica pertinente, termina rechazando que la rectificación pretendida en el caso concreto contemplado pueda enmarcarse dentro del cauce propio de tales operaciones, por lo que concluye dictaminando la plena aplicabilidad del citado artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

A los efectos del presente comentario, lo verdaderamente relevante de esta resolución es la interesante construcción que realiza en su Fundamento 4 de las operaciones jurídicas complementarias y que reproducimos a continuación:

«Este Centro Directivo ha tenido ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre cuáles son los criterios de interpretación de las denominadas

“operaciones jurídicas complementarias” y otros supuestos de rectificación de títulos de equidistribución inscritos y cuáles son los límites que de ello se derivan en relación a la inscripción en el Registro de la Propiedad (*vid.* Resolución de 15 de junio de 2013, por todas).

Ciertamente, la complejidad del proceso urbanístico ha planteado la necesidad de alterar parcialmente el contenido de los títulos de equidistribución en numerosas ocasiones, bien de manera directa, bien a través de las denominadas operaciones jurídicas complementarias, reguladas en la legislación urbanística partiendo de la limitada normativa supletoria estatal, artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística, constituyendo una figura eficaz para corregir errores o defectos del proyecto de reparcelación, con el límite de no presentar un alcance general o de modificación esencial, siendo necesaria la intervención del titular afectado y ordinariamente su consentimiento expresado en escritura pública o su conformidad derivada del expediente administrativo.

Tales preceptos, sin embargo, no contienen definición o descripción alguna de qué se entiende por operaciones jurídicas complementarias, ni los supuestos posibles, pues solo advierten que no pueden oponerse al instrumento de reparcelación, ni al plan que se ejecuta.

No obstante, en la práctica, con frecuencia, esta indefinición legal ha permitido que las operaciones jurídicas complementarias se hayan configurado como un instrumento utilizado para subsanar o salvar cualquier vacío o irregularidad de un proyecto reparcelatorio. Este sentido atribuido al término de operaciones jurídicas complementarias excede, sin duda, de su verdadera naturaleza, aunque deba reconocerse su utilidad, pues la tramitación de la operación jurídica complementaria es más sencilla, ágil y menos costosa que la modificación del instrumento reparcelatorio sometida, en general, a iguales trámites que su aprobación.

Existen numerosas sentencias que en casos concretos tratan de determinar si el acto administrativo en cuestión desborda su ámbito propio, prescindiendo del preceptivo procedimiento, así, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002 expresa lo siguiente: «(...) el primitivo proyecto de reparcelación, si bien no formalmente dejado sin efecto, puede (como en el presente caso) devenir inútil si, por su no inscripción en el Registro de la Propiedad, se ha permitido de hecho que las transmisiones, segregaciones y agrupaciones hayan dibujado una situación inmobiliaria real, inscrita en el Registro de la Propiedad, absolutamente distinta a la que se tuvo en cuenta en el primer proyecto de reparcelación, caso en el que, como dice la sentencia de instancia, no existe otro camino que tramitar formalmente otro proyecto, y no acudir a una figura que, como las operaciones complementarias, tienen un alcance mucho más modesto (...). Una vez que ha quedado claro que el Ayuntamiento demandado debió tramitar un nuevo proyecto de reparcelación, en lugar de acudir a la figura de las operaciones complementarias, debe concluirse que el acto impugnado, (que encierra un nuevo proyecto de reparcelación encubierto) es nulo de pleno derecho, pues se adoptó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido (aprobación inicial, información pública y aprobación definitiva, según los artículos 108, 109 y 110 del Reglamento de Gestión Urbanística)».

Asimismo, téngase en cuenta que el carácter complementario que se predica de estas operaciones jurídicas no tiene por qué limitar su objeto únicamente a la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, pues, en tal caso, la figura carecería de sentido dado que tales defectos del instrumento reparcelatorio podrían subsanarse conforme al vigente artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1

de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Por ello, si tales operaciones se definen como aquellos actos administrativos que alteran de manera no sustancial y perfeccionan el instrumento de reparcelación originario sin contradecir ni oponerse al mismo ni al plan que se ejecuta, tramitándose a través de procedimiento administrativo ordinario con audiencia de los interesados, cuando se trate de variaciones de carácter sustancial en cuanto a ordenación, aprovechamiento urbanístico o reparto de beneficios y cargas, no merecedoras de aquella simple calificación, no cabe sino afirmar que deba ser subsanada mediante la elaboración de un nuevo, íntegro y distinto proyecto de reparcelación, al implicar variaciones de carácter tan sustancial como puede ser la situación, el cambio de titularidades en fincas aportadas y adjudicadas, la forma de adjudicación y en el reparto de beneficios y cargas, pues solo así se respetan íntegramente los derechos de todos los interesados afectados por este tipo de procedimientos administrativos basados en la equidistribución de beneficios y cargas derivados de la ordenación urbanística. En este sentido, el propio Tribunal Supremo plantea la necesidad de examinar cada caso particular —cfr. sentencias de 17 de julio de 2007 y de 30 de junio de 2011—.

Lo cierto es que la dificultad de precisar el alcance de este tipo de rectificaciones del proyecto, ha llevado a alguna Comunidad Autónoma (cfr. Decreto 305/2006, de 18 de julio, de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, artículo 168.1) a precisar los supuestos en que los proyectos de reparcelación se pueden rectificar mediante operaciones jurídicas complementarias, y, cuando los cambios exceden de esos supuestos legalmente previstos, la propia norma determina que hay que formular una modificación del proyecto de reparcelación, que se somete al mismo procedimiento y tiene los mismos efectos que su aprobación originaria.

Aun reconociendo la virtualidad de la figura en determinados supuestos, debe partirse, como premisa básica, de que las alteraciones del instrumento de reparcelación originario que se opongan al mismo suponen verdaderas modificaciones o revisiones del instrumento de reparcelación y, consecuentemente, deben ser tramitadas como tales —cfr. en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002, antes mencionada—.

No puede desconocerse tampoco que, en ocasiones, puede producirse una modificación del proyecto tramitada a través de esta clase de operaciones que, por proceder de un mandato judicial con todas las garantías de defensa del afectado, resulte justificado su acceso registral, máxime cuando la única forma de llevar a cabo la ejecución de la sentencia es por medio de esa operación jurídica complementaria en relación con un proyecto de equidistribución ya inscrito —cfr. la resolución de esta Dirección General de 6 de julio de 2015—. La anulación del proyecto completo produce unas consecuencias complejísticas y normalmente desproporcionadas, dado que con la aprobación del instrumento y su obligada inscripción registral se habrá producido la mutación jurídico real de las titulares antiguas por las nuevas e incluso, en determinados casos, la adquisición originaria, con repercusiones hipotecarias de importante calado. Si se anula el proyecto por un problema que afecta a alguna o pocas fincas, los efectos suelen resultar completamente desproporcionados. Piénsese, en caso de ejecución, en sus consecuencias hipotecarias, de cancelación de las inscripciones de las fincas de resultado no como acto registral autónomo, extinguiendo la entidad hipotecaria, sino dejando sin efecto, al mismo tiempo, la cancelación acordada en su momento respecto de las inscripciones de las fincas de origen, aportadas, de las que las

de resultado constituyen subrogación real y, por lo tanto, continuadoras de las titularidades de dominio y derechos reales existentes al iniciarse el procedimiento de reparcelación. En la práctica, las situaciones que se originan suelen dar lugar a la apertura de incidentes de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia que se transforman en nuevos litigios para fijar, primero si la ejecución es de imposible cumplimiento y, si ello es así, para establecer la indemnización correspondiente».

III. COMENTARIOS

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Pese a su gran importancia y utilidad práctica, las llamadas operaciones jurídicas complementarias se regulan de un modo lacónico e incompleto en el Derecho urbanístico estatal, aunque en algunas Comunidades Autónomas se ha avanzado un poco más en su regulación¹. Además, se trata de una materia escasamente estudiada por la doctrina.

Centrándonos en el ordenamiento estatal, el régimen normativo de estas operaciones aparece contenido fundamentalmente en los artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística. Según el primero de ellos:

«3. Las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al plan que se ejecute, se aprobarán por el órgano urbanístico actuante, el cual procederá a extender documento con los requisitos y solemnidades previstos en el número 1 de este artículo, que se protocolizará notarialmente o a otorgar escritura pública. Uno u otro documento se inscribirán en el Registro de la Propiedad».

Por su parte, el artículo 174.5 del mismo Reglamento de Gestión Urbanística añade lo siguiente:

«5. Las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de compensación ni al plan que se ejecute, una vez aprobadas por el órgano urbanístico, se formalizarán por la Junta de Compensación en escritura pública o en documento extendido por el órgano urbanístico actuante, con los requisitos y solemnidades propios de las actas de sus acuerdos, que se protocolizará notarialmente. En ambos casos se procederá a su inscripción en el Registro de la Propiedad».

Entendemos que el contenido sustantivo de estos preceptos no ha quedado afectado por la disposición derogatoria única 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 Urbanística², debiendo en todo caso estarse a las peculiaridades específicas de la legislación autonómica.

No puede olvidarse, por otro lado, la regulación normativa de algunas manifestaciones concretas de operaciones jurídicas complementarias, como es el caso de la recogida en el artículo 17.2 del Real Decreto 1093/1997, relativo al título para la rectificación de la inscripción de la finca de resultado en caso de cancelación formal.

Ciertamente, la escasa regulación normativa de esta figura ha permitido que las operaciones jurídicas complementarias se hayan utilizado frecuentemente para subsanar o salvar cualquier vacío o irregularidad de un proyecto reparcelatorio,

sobrepasando el contenido y naturaleza propios de dichas operaciones, con el fin de evitar la tramitación de un procedimiento de modificación del mismo, con reiteración de las mismas formalidades observadas en su aprobación, al ser la tramitación de aquellas operaciones más sencilla, ágil y menos costosa de la de la modificación³. Por ello, es necesario determinar con claridad cuál es el contenido propio de las operaciones jurídicas complementarias y sus límites, de tal modo que si su objeto rebasase tales límites, habría de acudir al procedimiento propio de la modificación del acto o su sustitución por otro nuevo. El Tribunal Supremo (Sala Tercera) ha afirmado reiteradamente que en tales casos de extralimitación sería precisa la tramitación de un nuevo proyecto de reparcelación⁴.

Esta labor no siempre es sencilla debido a la falta de una regulación completa de la institución, lo que hace preciso determinar los casos en que la rectificación de los instrumentos reparcelatorios puede llevarse a cabo mediante las operaciones complementarias y aquellos otros en los que es inevitable acudir al régimen de su modificación.

En el presente comentario vamos a tratar de sistematizar el régimen aplicable a esta figura partiendo de los citados pronunciamientos con el fin de determinar su ámbito de aplicación, sus límites y sus requisitos, partiendo de los pronunciamientos emitidos tanto por el Tribunal Supremo como por la Dirección General de los Registros y del Notariado en la resolución de los casos concretos enjuiciados por ellos.

2. CONCEPTO Y GENERALIDADES DE LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS

A) *Concepto y caracteres*

La resolución comentada define las operaciones jurídicas complementarias como «aquellos actos administrativos que alteran de manera no sustancial y perfeccionan el instrumento de reparcelación originario sin contradecir ni oponerse al mismo ni al plan que se ejecuta, tramitándose a través de procedimiento administrativo ordinario con audiencia de los interesados».

De esta definición resultan las características esenciales de esta clase de operaciones:

- a) Se trata de un acto administrativo dictado como resultado de un procedimiento de igual naturaleza, lo que impone la aplicación de las normas de Derecho administrativo establecidas en garantía de los sujetos interesados.
- b) Su objeto es perfeccionar o introducir ciertas alteraciones en un proyecto de reparcelación, compensación o equidistribución previamente aprobado.
- c) Las alteraciones introducidas no pueden oponerse al contenido esencial del proyecto, es decir, no pueden modificarlo de manera sustancial o esencial, sino solo determinados extremos de alcance limitado.
- d) Debe respetar en todo caso las determinaciones previstas por el planeamiento que se ejecuta.

B) *Clases*

La operación jurídica complementaria es siempre un acto administrativo, en cuya confección y aprobación han de observarse las normas comunes del proce-

dimiento administrativo. Sin embargo, por razón de su génesis, cabría distinguir entre las que podrían llamarse operaciones de origen puramente administrativo y las de origen judicial. Esta distinción tiene una vital importancia en relación con los requisitos de la inscripción registral de la operación.

a) Las operaciones de origen puramente administrativo serían aquellas que obedecen a la voluntad exclusiva de la Administración autora del acto, ya esté directamente encaminada a la modificación del proyecto, ya constituya un acto de ejecución de la revisión de oficio del mismo. La revisión de oficio podría desembocar en la anulación completa del proyecto para proceder a la elaboración de otro nuevo ajustado a derecho —en cuyo caso no sería preciso acudir a la operación jurídica complementaria—, o bien en la anulación de solo parte de su contenido. Es este último el supuesto en que habría de acudirse a la sustitución de la parte anulada por el contenido que le atribuya una operación jurídica complementaria tramitada al efecto.

Naturalmente, el hecho de que la operación complementaria sea aprobada por la Administración no excluye la posibilidad de que los interesados manifiesten a la misma su necesidad, conveniencia u oportunidad mediante la oportuna propuesta⁵. Dicha propuesta podría proceder, por ejemplo, de uno o varios propietarios afectados por la actuación o, en el sistema de cooperación, de la correspondiente asociación administrativa de cooperación o entidad equivalente prevista en la legislación autonómica aplicable. En el caso del sistema de compensación, normalmente será la Junta constituida al efecto la que tome la iniciativa para la realización de la operación complementaria para someterla a la aprobación de la Administración actuante, sin perjuicio de que esta pueda acordarla de oficio.

b) Las que hemos llamado operaciones de origen judicial serían aquellas que tienen su causa en la necesidad de cumplimiento o ejecución de una sentencia firme anulatoria de alguna de las determinaciones del proyecto de reparcelación.

En los casos de impugnación judicial del proyecto o de alguna de sus determinaciones, es posible que la sentencia que ponga fin al procedimiento revista la concreción suficiente para servir por sí misma de título inscribible, es decir, para modificar las inscripciones practicadas en virtud del proyecto en la medida necesaria y sin necesidad de ningún acto interpuesto. Así sucedería, por ejemplo, si la sentencia se limitara a ordenar la sustitución del titular registral de alguna de las fincas afectadas. En este caso, lógicamente, no sería necesaria la tramitación de operación complementaria alguna para dar cumplimiento a la sentencia.

Por el contrario, en los supuestos frecuentes en que los pronunciamientos de la sentencia precisan de un desenvolvimiento ulterior que haya de llevarse a cabo a través de un acto administrativo nuevo que modifique en lo preciso al precedente, este acto se enmarcaría dentro de las operaciones jurídicas complementarias de origen judicial o realizadas en cumplimiento o ejecución de una sentencia. Un ejemplo de resoluciones judiciales cuyo cumplimiento requeriría la realización de una operación jurídica complementaria sería el de aquellas que ordenasen rectificar la reparcelación mediante agrupaciones de fincas de resultado pero sin determinar las cuotas de participación de los respectivos titulares en la finca agrupada, posponiendo dicha determinación al correspondiente incidente de ejecución de sentencia⁶.

En el último apartado se analizarán las diferencias existentes entre ambas categorías en orden a su inscripción registral.

C) Contenido y límites

A la hora de determinar el contenido natural de la operación que tratamos, su propia denominación nos ofrece una primera aproximación: el calificativo de «complementaria», según el Diccionario de la RAE, alude a aquello «que sirve para completar o perfeccionar algo», en este caso, un proyecto de equidistribución previamente aprobado.

Dicho contenido natural se encuentra definido por un límite mínimo o inferior y otro máximo o superior.

En relación con el límite inferior, la resolución de 6 de julio de 2015 señala que «el carácter complementario que se predica de estas operaciones jurídicas no tiene por qué limitar su objeto únicamente a la rectificación de errores materiales, de hecho o aritméticos, pues en tal caso, la figura carecería de sentido dado que tales defectos del instrumento reparcelatorio podrían subsanarse conforme al artículo 105.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», referencia que hoy ha de entenderse hecha al artículo 109.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Evidentemente, cuando se trate de la rectificación de errores materiales o de concepto cometidos en la práctica de los asientos del Registro, no será preciso acudir a una operación jurídica complementaria sino que bastará con la aplicación del régimen general previsto al efecto en los artículos 211 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

De igual modo, parece claro que no es necesario tramitar operación especial alguna cuando el proyecto adolezca de meras incorrecciones gramaticales u otras menores cuya evidencia resulte sin la menor duda de la simple lectura del mismo, salvo que se trate de contradicciones irreductibles, en cuyo caso podría realizarse tal operación con el fin de perfeccionar el documento.

En cuanto al límite superior, debe reconocerse que, por su propia esencia, la operación jurídica complementaria necesariamente implica una cierta alteración del proyecto, sea por adición, por supresión o por perfeccionamiento de algún extremo del mismo. Ahora bien, el carácter complementario que llevan aparejado contrasta llamativamente con el concepto de modificación. La jurisprudencia tiene declarado que el contenido de las operaciones jurídicas complementarias tiene un alcance más modesto que el de la modificación o revisión del proyecto como acto administrativo⁷. El matiz es crítico, ya que si la alteración que se pretende introducir en el proyecto de reparcelación rebasa ciertos límites, no podrá instrumentarse como operación jurídica complementaria, pues si así se hiciera, el acto administrativo sería nulo de pleno derecho al haberse dictado con total omisión de las formalidades o solemnidades esenciales que se corresponden con el fin perseguido (aprobación inicial, información pública y aprobación definitiva, según la resolución objeto de este comentario). Por tanto, en tal caso, esto es, si la alteración perseguida sobrepasa dichos límites, será preciso acudir a las normas de modificación o revisión de los actos administrativos, más rigurosas que las de aquellas operaciones al implicar la reiteración de los trámites propios del proyecto que se trata de modificar o sustituir y con intervención de los titulares afectados según afirma la resolución comentada. A falta de tal modificación o revisión, la rectificación de las inscripciones de fincas resultantes del proyecto de reparcelación se sometería a las normas generales del artículo 40 de la Ley Hipotecaria, que exige que medie el consentimiento expreso del titular registral o una resolución judicial ordenando dicha rectificación.

La Dirección General ha fijado claramente los límites de las operaciones jurídicas en relación con el proyecto al que complementan, al exigir que «no contradigan ni se opongan» al proyecto de reparcelación, lo cual impide que impliquen una alteración o «variación sustancial»⁸ o una «modificación esencial»⁹ del mismo. Se trata, por tanto, de determinar cuándo la alteración perseguida tiene tal alcance.

La solución a la cuestión planteada ha de ser casuística: como ha declarado la jurisprudencia, para saber cuándo se rebasan o no los límites señalados es preciso examinar cada caso particular¹⁰. En la doctrina de la Dirección General se encuentran numerosos supuestos concretos en que se consideran superados tales límites. Entre las alteraciones que implican una modificación esencial o sustancial de la reparcelación y que, por tanto exceden del ámbito de las operaciones jurídicas complementarias, cabe citar, sin ánimo exhaustivo, aquellas que afectan a los siguientes extremos¹¹:

- a) el aprovechamiento urbanístico de las fincas incluidas en el proyecto;
- b) la forma de adjudicación de las fincas de resultado;
- c) el reparto de beneficios y cargas;
- d) la titularidad registral de las fincas de origen y de resultado;
- e) la titularidad de las cargas que pesan sobre las mismas;
- f) las descripciones de fincas;
- g) la supresión de viales;
- h) la transferencia de volúmenes edificables entre parcelas;
- i) los ajustes de las afecciones al saldo de los gastos de urbanización;
- j) la modificación de linderos;
- k) la vinculación *ob rem* del subsuelo de parcelas a edificios futuros;
- l) la cancelación del folio registral correspondiente a la parte de finca de origen que queda fuera del ámbito de ejecución o sector, por entender que dicha finca ha sido totalmente agotada por la reparcelación;
- m) la cancelación de cargas de fincas de resultado, y
- n) la alteración de la cuenta de liquidación provisional.

En cuanto a la división, segregación o la realización de otras operaciones de modificación de entidades hipotecarias respecto de fincas de resultado, la posición al respecto de la Dirección General ha variado según las circunstancias de cada caso¹².

En definitiva, la operación jurídica supone una alteración de algún extremo del proyecto de reparcelación pero sin modificar su contenido esencial o sustancial, esto es, sin oponerse a él, circunstancia que, según se vio, queda proscrita por los artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística.

El otro límite señalado por los citados artículos reglamentarios consiste en que la operación no se oponga al plan que se ejecute, exigencia a la que nos referiremos al analizar los requisitos urbanísticos de esta figura.

3. REQUISITOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

Analizado el ámbito objetivo al que pueden extenderse las operaciones jurídicas complementarias, pasamos a examinar los requisitos que han de cumplir desde diversas perspectivas. En este apartado vamos a aludir a los de orden administrativo.

Las operaciones jurídicas complementarias, como acto administrativo resultado de un procedimiento de igual naturaleza, están sometidas a los requisitos propios de ambas instituciones, tales como la competencia del órgano autor del acto —que en este caso corresponde a la Administración actuante—, la ausencia de vicios de la voluntad, el cumplimiento de las formalidades y solemnidades legales, el respeto al ordenamiento jurídico y los restantes requisitos previstos en las Leyes 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común, y 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público y demás disposiciones aplicables.

Como se ha visto, la operación jurídica complementaria es un acto administrativo que implica la alteración, en mayor o menor medida, de otro acto administrativo previo: un proyecto de reparcelación aprobado. Por tanto, habrá de acudirse a las normas generales de alteración de los actos administrativos. La citada Ley 39/2015 contempla en sus artículos 106 y siguientes varios caminos posibles que desembocan en dicha alteración, como la revisión de oficio de actos nulos, la declaración de lesividad e impugnación de los anulables, la revocación o la rectificación de errores. A ellos habría que añadir la posibilidad de revocación por motivos de oportunidad o conveniencia y la llamada revocación indirecta, admitidas por la doctrina bajo determinadas circunstancias¹³.

En el procedimiento administrativo seguido para la aprobación de la operación jurídica complementaria habrá de asegurarse el pleno respeto a las garantías establecidas en favor del administrado, entre las cuales ocupan un lugar destacado las normas relativas a los derechos de los interesados en el procedimiento, al trámite de audiencia, a la intervención de los interesados, a la fase de alegaciones, a las citaciones y notificaciones pertinentes y al régimen de recursos administrativos¹⁴.

En cuanto a los requisitos formales específicos del procedimiento a seguir en la tramitación de la operación, es claro que no es preciso reiterar los trámites observados en la aprobación del proyecto de reparcelación que se altera con ella¹⁵. Esa reiteración solo sería precisa en los casos de modificación sustancial, salvo que se realice en ejecución de sentencia judicial según veremos en el apartado siguiente. La resolución de 2 de abril de 2018 dice al respecto que «la tramitación de la operación jurídica complementaria es más sencilla, ágil y menos costosa que la modificación del instrumento reparcelatorio sometida, en general, a iguales trámites que su aprobación».

En cuanto a los requisitos formales del documento en que se instrumente la operación jurídica complementaria, los apartados 1 y 3 del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística remiten al régimen general relativo a las solemnidades y requisitos dispuestos para las actas de los acuerdos del órgano encargado de su aprobación.

4. REQUISITOS URBANÍSTICOS

Vamos a agrupar estos requisitos en dos categorías: los relativos al proyecto de reparcelación y los referentes al planeamiento que se ejecuta.

A) En relación con el proyecto de reparcelación

El artículo 113.3 del Reglamento de Gestión Urbanística exige, en primer lugar, que la operación jurídica complementaria no se oponga al proyecto de re-

parcelación al que se refiere, expresión que se traduce en la proscripción de que por este medio se trate de introducir en dicho proyecto una modificación sustancial o esencial, en los términos analizados en el apartado 2 de este comentario.

No obstante, puede decirse que la regla anterior no es absoluta, ya que el Centro Directivo ha admitido en varias ocasiones la inscripción de operaciones complementarias cuyo contenido entrañaba tales modificaciones sustanciales o esenciales: se trata del caso en que la operación constituya, no un fin en sí misma, sino el medio idóneo para la ejecución de una sentencia judicial firme que implique la necesidad ineludible de alterar el proyecto. La resolución de 6 de julio de 2015, tras sentar la aludida regla general, añade que «no puede desconocerse, sin embargo, que en ocasiones, puede producirse una modificación del Proyecto tramitada a través de esta clase de operaciones que, por proceder de un mandato judicial con todas las garantías de defensa del afectado, resulte justificado su acceso registral, máxime, cuando la única forma de llevar a cabo la ejecución de la sentencia es por medio de esa operación jurídica complementaria con relación a un proyecto de equidistribución ya inscrito. En este sentido, el propio Tribunal Supremo plantea la necesidad de examinar cada caso particular —cfr. sentencias de 17 de julio de 2007 y de 30 de junio de 2011—».

B) En relación con el planeamiento urbanístico

El segundo límite impuesto por los artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión Urbanística es, como vimos, que la operación jurídica complementaria no se oponga al plan que se ejecute.

Todo proyecto reparcelatorio tiene por objeto la ejecución de un previo instrumento de planeamiento que le sirve de cobertura: conforme al artículo 72.1.b) del Reglamento de Gestión Urbanística, entre los objetivos de la reparcelación se encuentra el de efectuar «la regularización de las fincas para adaptar su configuración a las exigencias del planeamiento». Siendo las operaciones jurídicas que estamos analizando un complemento de la previa reparcelación, no hay ninguna dificultad en considerar que este requisito de adaptación al plan se extiende con toda naturalidad a las primeras.

Sobre el carácter normativo y vinculante de los planes de urbanismo no es preciso abundar: esta cuestión concita un consenso general entre la doctrina científica y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que desde antiguo viene declarando que estamos ante normas jurídicas asimilables a las disposiciones reglamentarias¹⁶. Por tanto, el contenido del planeamiento vincula tanto a los particulares como a la Administración, por aplicación del principio de legalidad consagrado en el artículo 9.1 de la Constitución Española y así lo ha proclamado desde sus orígenes la legislación del suelo¹⁷. Esta circunstancia determina que, de igual modo que la reparcelación encuentra su legitimación en el plan, cualquier adaptación, complemento o mejora de la misma pasa a formar parte del contenido de ella, por lo que también ha de respetar la ordenación vigente en cada momento¹⁸.

5. REQUISITOS PARA LA INSCRIPCIÓN DE LAS OPERACIONES JURÍDICAS COMPLEMENTARIAS

La inscripción de las operaciones complementarias debe acomodarse, en primer lugar, a las normas generales establecidas en la legislación hipotecaria, con

pleno respeto a los llamados principios hipotecarios como son los de legalidad, tracto sucesivo y fe pública registral.

Siendo la operación complementaria un acto de naturaleza urbanística, su inscripción habrá de ajustarse además a las prescripciones del Real Decreto 1093/1997, que no hace referencia explícita a esta figura sino que solo contempla algunas manifestaciones concretas, como la del artículo 17.2, antes citado. No obstante, sí resultan de plena aplicación las disposiciones generales, como las contenidas en los apartados 1 y 8 de su artículo 1, que determinan la inscribibilidad de tales operaciones.

Presentado el título administrativo en el Registro, la calificación se extiende a todas las circunstancias establecidas en el artículo 99 del Reglamento Hipotecario, es decir, «a la competencia del órgano, a la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido, a las formalidades extrínsecas del documento presentado, a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro».

Por tanto, el registrador calificará, en primer lugar, la competencia para realizar la operación jurídica, la cual corresponde al «órgano urbanístico actuante», que será el mismo autor del proyecto de reparcelación al que complementa. Normalmente se trata del Ayuntamiento respectivo, el cual operará a través del órgano que determinen las disposiciones de organización administrativa en cada caso aplicables.

La calificación de la congruencia de la resolución con la clase de expediente o procedimiento seguido exigirá analizar si el contenido concreto de la operación cuya inscripción se pretende se encuadra dentro de los límites naturales antes analizados o si, por el contrario, los supera, en cuyo caso el expediente o procedimiento adecuado no sería el de tales operaciones, sino el de la modificación o revisión.

En cuanto a las formalidades extrínsecas del documento presentado, resulta aplicable la norma del artículo 2.2 del Real Decreto 1093/1997, relativo al título inscribible, de donde resulta que el acto administrativo en que se materializa la operación se inscribirá mediante certificación de la misma naturaleza que se expida, en ejemplar duplicado, por el secretario del órgano actuante y con inserción literal del acuerdo adoptado, expresando que el acto agota la vía administrativa y conteniendo, en la forma exigida por la legislación hipotecaria, las circunstancias relativas a las personas, los derechos y las fincas a que afecte dicho acuerdo.

Conforme a los artículos 113.3 y 174.5 del Reglamento de Gestión, el título inscribible habrá de reunir los requisitos y solemnidades propios de las actas de los acuerdos del órgano actuante.

Finalmente, la calificación se extiende también a los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, a la relación de este con el titular registral y a los obstáculos que surjan del Registro. Son varios los aspectos que interesa destacar en este punto.

En primer lugar, se plantea la duda de cuál debe ser la participación del titular registral en el procedimiento seguido. A falta de normas específicas del procedimiento de tramitación de las operaciones complementarias, se estará a las reglas generales de intervención de los interesados en el procedimiento administrativo común, de tal modo que si dichas operaciones se desenvuelven dentro de los cauces objetivos que les son propios, en los términos ya analizados, sin llegar a implicar una modificación esencial o sustancial del proyecto al que se refieren, bastará con que el interesado haya sido notificado en forma permitién-

dole participar en el procedimiento a través de las alegaciones y recursos que tuviera por convenientes, sin que sea preciso que hayan prestado su consentimiento expreso. En este sentido, y frente a la regla general de exigibilidad del consentimiento del titular registral o, en su defecto, de resolución judicial para la rectificación de asientos conforme al artículo 40 de la Ley Hipotecaria, la resolución de la Dirección General de 18 de junio de 2014, reiterando la doctrina de otras¹⁹, sostiene que «no es, por tanto, inexcusable siempre y en todo caso, el consentimiento de los titulares afectados o la resolución judicial supletoria, sino que bastará con que se trate de expedientes meramente rectificadores en los que la autoridad administrativa interviniente sea competente para la modificación que se acuerde y se cumplan en ella las garantías legales establecidas en favor de las personas afectadas. Manifestación concreta de esta posibilidad es la reflejada en el apartado 3 del artículo 113 del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto, en el que se contempla la posibilidad de inscribir en el Registro de la Propiedad las operaciones jurídicas complementarias que sean del caso, que no se opongan al proyecto de reparcelación ni al Plan que se ejecute, una vez aprobadas por el órgano urbanístico actuante, a través del procedimiento legalmente previsto». Sí es preciso en todo caso que se hayan hecho las notificaciones oportunas a los titulares registrales a fin de evitarles indefensión, en los términos previstos en la legislación reguladora del procedimiento administrativo común.

Puede suceder que la operación jurídica complementaria se haya tramitado con intervención de quien en ese momento era titular registral de la finca o derecho afectado por ella y que después hayan sido adquiridos por un tercero que inscribiera su derecho antes de presentarse en el Registro dicha operación. En tal caso, no podrá practicarse la inscripción a menos que se notifique el acuerdo al actual titular registral²⁰.

Por otro lado, en el apartado 2, letras B y C, aludimos a la trascendencia que en orden a la inscribibilidad del acto revisten dos extremos que han de ser comprobados por el Registrador en su labor calificadora: si el contenido de la operación excede o no de los límites propios de esta clase de operaciones y, en caso afirmativo, si su tramitación es de origen estrictamente administrativo o se realiza en cumplimiento o en trámite de ejecución de una sentencia firme.

Teniendo en cuenta estas circunstancias, cabe distinguir las siguientes hipótesis:

a) Que el acto aprobatorio de la operación no traspase los límites propios de su contenido, al no suponer una modificación sustancial o esencial del proyecto de reparcelación al que complementa. En este caso, el acto tramitado como tal operación complementaria será inscribible sin que sea preciso reiterar los trámites de aprobación del proyecto ni el consentimiento del titular registral o la resolución judicial supletoria, siempre que conste que el titular registral intervino en el procedimiento o, al menos, le fue debidamente notificado el acto.

b) Que, por el contrario, el contenido del acto tramitado como operación jurídica complementaria excediera de los límites naturales de esta. En este supuesto cabe distinguir, a su vez, entre una regla general y otra especial o excepcional.

La regla general consiste en que en este caso el acto no sería inscribible por nulidad de pleno derecho al haberse dictado «prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido», según expresa el artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, y así lo entiende la resolución de 2 de abril de 2018.

El procedimiento omitido sería el propio de la realización de un nuevo proyecto de reparcelación, con los trámites de aprobación inicial, información pública y aprobación definitiva previstos en la legislación urbanística aplicable. En esta hipótesis, la modificación de la inscripción exigiría la tramitación de un nuevo procedimiento con reiteración de los trámites expresados o, en su defecto, se sometería a la norma general de rectificación de asientos con el consentimiento del titular registral o resolución judicial que así lo acuerde.

La regla excepcional es que la operación jurídica complementaria tramitada como tal sería inscribible aunque se hubiera exlmitado del contenido propio de tales operaciones, siempre y cuando se hubiera formalizado en cumplimiento o ejecución de una sentencia judicial firme recaída en procedimiento en que se hubieran observado las garantías legalmente establecidas a favor del interesado titular registral²¹. En este supuesto, la resolución de 6 de julio de 2015 permite la inscripción del acto aunque el titular registral actual no hubiera intervenido ni en el procedimiento judicial ni en el administrativo, siempre y cuando le hubiera sido notificada en forma debida la resolución aprobatoria de la operación y esta hubiera puesto fin a la vía administrativa.

Finalmente, y para estos casos de operaciones ordenadas por sentencia, cabe añadir que, si en el momento de su presentación existieran nuevos titulares registrales a los que no se hubiera notificado ni el procedimiento judicial ni el administrativo, el acto también sería inscribible si se hubiera hecho constar oportunamente la anotación preventiva de la demanda que dio origen a la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 42 de la Ley Hipotecaria y 67 y siguientes del Real Decreto 1093/1997, por lo que resulta muy conveniente procurar su práctica para su oponibilidad a terceros ajenos al procedimiento.

NOTAS

¹ Cabe citar en este sentido el Decreto 305/2006, de 18 de julio, de Cataluña, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Urbanismo, cuyo artículo 168 desenvuelve de manera casuística el posible contenido de tales operaciones.

² Dicha disposición establece que «quedan derogadas todas las disposiciones contenidas en el Reglamento de Gestión Urbanística de 25 de agosto de 1978, en cuanto se refieran al acceso al Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística».

³ Resoluciones de 15 de junio de 2013, 6 de julio de 2015 y 2 de abril de 2018, entre otras.

⁴ Por ejemplo, sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10320).

⁵ Por ejemplo, a propuesta de uno o varios propietarios afectados por la actuación o, en el sistema de cooperación, de la correspondiente asociación administrativa de cooperación. En el caso del sistema de compensación, normalmente será la Junta constituida al efecto la que tome la iniciativa para la realización de la operación complementaria, sin perjuicio de la posibilidad de que la Administración actuante pueda acordarla de oficio.

⁶ Es el caso contemplado por la resolución de 6 de julio de 2015, en que el registrador había calificado negativamente la operación jurídica complementaria por entender que faltaba el consentimiento de los titulares para la concreción de las cuotas de participación; la Dirección General revocó tal calificación al considerar suficiente la tramitación de la operación complementaria seguida de un decreto municipal aclaratorio que fue notificado a dichos titulares aunque no consentido expresamente por ellos.

⁷ Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2002 (*RJ* 2002, 2444) y 13 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 10320).

⁸ En palabras de la resolución de 2 de abril de 2018.

⁹ En palabras de la resolución de 7 de julio de 2015.

¹⁰ Sentencia de 30 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 6084).

¹¹ Para realizar esta relación se han tenido en cuenta, entre otras, las resoluciones de 2 de abril de 2018, 16 de abril de 2013, 10 de marzo de 2000, 1 de diciembre de 2008, 26 de marzo de 2007, 6 de julio de 2015, 26 de marzo de 2007, 26 de febrero de 2001 y 15 de junio de 2013.

¹² Así, la resolución de 26 de marzo de 2007 excluye la modificación de entidades hipotecarias del ámbito objetivo de las operaciones jurídicas complementarias. En cambio, en el caso contemplado por la resolución de 6 de julio de 2015, se admite su realización mediante una operación complementaria; en dicho supuesto el acto administrativo había sido confirmado por sentencia firme, a la que se refiere en estos términos: «la propia sentencia del Tribunal Superior confirma el carácter parcial de la operación tramitada y su propia regularidad, y en particular, su no afectación al resto del contenido del proyecto, cuya validez y eficacia se mantiene, por lo que no solo no se opone al proyecto de equidistribución y al planeamiento que se ejecuta, sino que completa aquel y con ello permite realizar este, salvando la ineficacia parcial en beneficio de la gestión urbanística, de interés público, y la equidistribución de beneficios y cargas urbanísticas».

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo I*, Aranzadi 2017, 714 y sigs.

¹⁴ Recogidas, entre otros, en los artículos 4, 40 y siguientes, 53, 75, 76, 82 y 112 y siguientes de la Ley 39/2015.

¹⁵ En esencia, la aprobación inicial, el periodo de información pública y la aprobación definitiva, conforme a la legislación del suelo aplicable en cada comunidad autónoma y a los artículos 108, 109 y 110 del Reglamento de Gestión Urbanística.

¹⁶ Así lo declara, entre otras muchas, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2009 (*RJ* 2010, 2202).

¹⁷ Según el artículo 57.1 del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976: «Los particulares, al igual que la Administración, quedarán obligados al cumplimiento de las disposiciones sobre ordenación urbana contenidas en la presente Ley y en los Planes, Programas de Actuación Urbanística, Estudios de Detalle, proyectos, normas y ordenanzas aprobadas con arreglo a la misma».

¹⁸ Véase, por ejemplo, el artículo 37 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

¹⁹ Resoluciones de 26 de febrero de 2001 y 1 de diciembre de 2008, entre otras.

²⁰ Así lo entiende, entre otras, la resolución de 6 de julio de 2015.

²¹ Véanse en este sentido las resoluciones de 26 de febrero de 2001, 1 de diciembre de 2008 y 18 de junio de 2014.

4. DERECHO BANCARIO

¿Había cláusulas suelo lícitas?

Were clauses soil lawful?

por

EDUARDO CORRAL GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Cádiz

RESUMEN: Partiendo de la afirmación vertida por nuestro Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2013 acerca de la posible licitud de las cláusulas suelo, se analiza los requisitos de transparencia exigidos en la normativa aplicable a los contratos de préstamo hipotecario celebrados con anterioridad a la crisis financiera y al desplome del Euribor por debajo de las cifras mínimas contempladas como tipo de interés variable en dichas cláusulas, para determinar si realmente se puede considerar que las cláusulas suelo eran lícitas siempre que se cumplieran dichos requisitos, a la luz de la jurisprudencia contradictoria sobre dicha cuestión, dedicando especial atención a la intervención del notario autorizante. En una segunda parte del trabajo, se estudia la evolución normativa producida en las sucesivas reformas introducidas para elevar el nivel de transparencia material y formal de las referidas cláusulas, determinando el alcance real de dicha evolución, terminando con una comparación con la información sobre productos financieros complejos prevista en la normativa del Mercado de valores.

ABSTRACT: *Departing from the affirmation spilt by our Supreme Court in his judgment from May 9, 2013 it brings soil over of the possible legality of the clauses, there are analyzed the requirements of transparency demanded in the regulation applicable to the contracts of mortgage lending celebrated before the financial crisis and to the collapse of the Euribor below the minimal numbers contemplated as variable interest rate in the above mentioned clauses, to determine if really it is possible to think that the clauses I occur were lawful providing that the above mentioned requirements were fulfilled, in the light of the contradictory jurisprudence on the above mentioned question, dedicating special attention to the intervention of the Notary autorizante. In the second part of the work, there is studied the normative evolution produced in the successive reforms introduced to raise the level of material and formal transparency of the above-mentioned clauses, determining the royal scope of the above mentioned evolution, ending with a comparison with the information about financial complex products foreseen in the regulation of the Stock market.*

PALABRAS CLAVE: Préstamos hipotecarios. Cláusulas suelo. Información precontractual. Intervención notarial. Transparencia. Requisitos formales. Mercado de valores.

KEY WORDS: *Mortgage loans. Land clauses. Pre-contractual information. Notarial intervention. Transparency. Formal requirements. Stock market.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS FALLOS JUDICIALES MÁS RECIENTES.—II. REQUISITOS LEGALES DE TRANSPARENCIA APLICABLES A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCEDIDOS ANTES DE LA CRISIS FINANCIERA. EN ESPECIAL, LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO AUTORIZANTE: 1. LA ORDEN MINISTERIAL DE 5 DE MAYO DE 1994. 2. JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS EN VIRTUD DEL ASESORAMIENTO NOTARIAL. 3. JURISPRUDENCIA QUE NIEGA RELEVANCIA A LA INTERVENCIÓN NOTARIAL. 4. CONCLUSIÓN: LAS CLÁUSULAS SUELO PODÍAN SER TRANSPARENTES CUMPLIÉNDOSE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS.—III. LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS POSTERIOR A LA CRISIS: 1. ORDEN EHA 2899/2011 DE 28 DE OCTUBRE. 2. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO. 3. PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO. 4. UN PROBLEMA ANÁLOGO: LOS PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE VALORES.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: ARGUMENTOS JURISPRUDENCIALES A FAVOR Y EN CONTRA DE LA LICITUD DE LAS CLÁUSULAS SUELO EN LOS FALLOS JUDICIALES MÁS RECIENTES

Según noticias recogidas en la prensa a mediados de marzo de 2018, en el anexo sobre cláusulas suelo elaborado por la Comisión Nacional de Estadística Judicial consta que el 98,3 por ciento de las 9.326 sentencias dictadas en el último semestre del año 2017 sobre dicho asunto fueron favorables al cliente¹.

Evidentemente, dicho volumen de litigiosidad tiene como origen la sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016², que corrige a nuestro Tribunal Supremo en lo que respecta a los efectos de la declaración de nulidad por abusivas de dichas cláusulas, en cuanto que debe devolverse todos los intereses cobrados de más por las entidades financieras desde la fecha de otorgamiento del préstamo hipotecario y no desde la fecha de 9 de mayo de 2013³, día en el cual se dictó la primera sentencia que estableció la nulidad de una cláusula suelo⁴. La resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es coherente con la noción de ineficacia contractual y con lo establecido en el artículo 1303 del Código Civil, tal y como se propuso en los votos particulares formulados en las STS de 9 de mayo de 2013 y de 25 de marzo de 2015⁵, lo que significa llevar hasta las últimas consecuencias la aplicación del principio *pro consumatore* por encima del principio de libertad contractual.

Por otro lado, y como una limitación temporal a los efectos de dicha sentencia, el Auto del TS de 4 de abril de 2017⁶ impide que los consumidores a los que el propio TS negó la devolución de los intereses devengados con anterioridad a la fecha de 9 de mayo de 2013 puedan reabrir la cuestión, en virtud del principio de cosa juzgada, ya que las sentencias que han seguido esa pauta dictadas con anterioridad a la STJUE de 21 de diciembre de 2016 tienen el carácter de firmes, puesto que, según el artículo 510.1.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dicha sentencia —posterior a aquellas cuya revisión se solicite— no puede nunca considerarse documento recobrado u obtenido con carácter decisivo que permita abrir la vía a tal revisión, lo que previamente también había sido ya establecido en la STJUE de 26 de enero de 2017⁷. Efectivamente, el Tribunal hubo de decidir sobre una cuestión prejudicial consistente en que, si finalmente se entendía como abusiva una cláusula de vencimiento anticipado del préstamo que permitiera al

acreedor reclamar todo el importe adeudado de capital e intereses en caso de falta de pago de al menos tres meses, podía reabrir los casos anteriores en los que no se hubiera afirmado tal carácter abusivo de una cláusula idéntica; y lo hizo afirmando que «la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de dicho contrato a luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada», lo que puede predicarse por analogía a las sentencias que se pronunciaron en contra de devolver los intereses cobrados de más, en virtud de una cláusula suelo nula, devengados con anterioridad al 9 de mayo de 2013. Por tanto, en esta cuestión salen beneficiadas las entidades financieras.

Previamente, se conoció la STS de 9 de marzo de 2017⁸, que por primera vez declara como lícita una cláusula suelo incluida en una escritura pública de otorgamiento de un préstamo hipotecario no porque el prestatario no tenga la condición de consumidor, sino porque la cláusula supera el control de doble transparencia exigido por el TS a la luz del artículo 6.1 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas. En efecto, si bien la STS de 9 de mayo de 2013 afirmó que las cláusulas suelo son en principio, perfectamente lícitas⁹, en todas las ocasiones en las que el TS ha tenido que decidir sobre su validez las ha declarado abusivas por no superar el doble control de transparencia, salvo que el prestatario no tuviera el carácter de consumidor, por lo que en esos casos solo podía someterse la cláusula suelo al control de inclusión o incorporación, declarándose su validez en todos esos supuestos sin excepción.

Por tanto, habrá que analizar ese pronunciamiento del Tribunal Supremo para poder determinar a priori cuándo una cláusula suelo va a ser considerada válida, aun cuando el prestatario sea un consumidor, de cara al futuro cercano, pues es previsible que todavía haya muchos casos abiertos en los tribunales menores.

En primer lugar, hay que señalar que el motivo real por el que la cláusula suelo del contrato examinado por el TS en su sentencia de 9 de marzo de 2017 es que dicha cláusula ha sido negociada individualmente entre la entidad financiera y los prestatarios, por lo que en ningún caso pueden los consumidores solicitar que sea abusiva.

Y no es la primera vez que se utiliza dicha argumentación por parte del TS, si bien no en relación con una cláusula suelo, sino con la cláusula que determina el interés remuneratorio de un préstamo hipotecario. En concreto, la STS de 18 de junio de 2012¹⁰ rechazó que sea abusiva una cláusula que establece como interés nominal fijo de un préstamo hipotecario el 20,50%, por un doble motivo: en primer lugar, de acuerdo con el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, que «excluía expresamente del control de contenido de las cláusulas abusivas tanto la definición del objeto principal del contrato como la adecuación del precio pactado, siempre que se definieran de manera clara y comprensible» —criterio que no se mantuvo precisamente en la STS de 9 de mayo de 2013, entrando a considerar si la cláusula suelo era abusiva, a pesar de que el interés variable forma parte del precio del contrato, precisamente por entender que no se había formulado de manera clara y comprensible según el doble control de transparencia—; y en segundo lugar, porque se concluye el carácter negociado de la cláusula, «no solo por incidir en la esencia patrimonial de la póliza de préstamo, sino también por la comparación y contraste que hicieron los actores al recurrir, sin éxito, a otras entidades financieras».

Además, se rechazó «la mera alegación de que los prestatarios no participaron en la redacción del contrato», que «no desvirtúa para nada que el contenido fuese negociado, máxime si se tiene en cuenta que los prestatarios suscribieron, previamente a la formalización en escritura pública del préstamo convenido, los documentos explicativos de la entidad financiera en donde se informaba de las condiciones concretas de la operación a realizar: oferta vinculante del préstamo hipotecario a interés fijo, liquidación de intereses y orden de pago de deudas de los prestatarios según sus propias indicaciones». Más adelante, se vuelve a insistir en que —para afirmar la existencia de error como vicio del consentimiento— que «los prestatarios suscribieron, con carácter previo a la formalización en escritura pública del préstamo, los documentos informativos de las condiciones concretas que contemplaba la operación crediticia».

El problema es que esos criterios luego se consideran insuficientes en numerosas sentencias sobre cláusulas suelo que, de haberse aplicado en ese mismo sentido, se hubieran declarado lícitas por superar el doble control de transparencia. Por ejemplo, si el consumidor ha acudido a diferentes entidades para comparar las condiciones económicas del préstamo —fundamentalmente, el tipo de interés aplicable—, y si firmó la oferta vinculante como era preceptivo —siempre que esta ya contuviera la cláusula suelo—, ¿se puede seguir sosteniendo que no hubo transparencia en la redacción de la cláusula?

En la STS de 9 de marzo de 2017, se confirman los argumentos esgrimidos por la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de mayo de 2014¹¹ para rechazar la abusividad de una cláusula suelo, en línea con los utilizados en la STS de 18 de junio de 2012. Efectivamente, se acude a la STJUE de 21 de marzo de 2013 para resaltar que «reviste una importancia fundamental para el consumidor disponer, antes de la celebración del contrato, de información sobre las condiciones contractuales y las consecuencias de dicha celebración. El consumidor decide si desea quedar vinculado por las condiciones redactadas de antemano, basándose principalmente en esa información», que es precisamente la proporcionada en la oferta vinculante que obligatoriamente debe darse a conocer al consumidor y que este debe aceptar; pero hay otros elementos que pueden evidenciar la libre decisión tomada por el consumidor, tras comprender la carga económica y jurídica que implicaba la cláusula, como es el hecho concreto de que «la cláusula está introducida y ubicada dentro del contrato, de forma que no aparece enmascarada ni se diluye la atención del contratante entre otras cláusulas, sino que se muestra como una cláusula principal del contrato, que expresa con meridiana claridad el contenido de la misma, que no es otro que los límites al tipo de interés, señalando como límite inferior el 3% nominal anual, que aparecía resaltado en negrilla».

Por tanto, en contraposición con todos los supuestos enjuiciados hasta la fecha, se entiende en la sentencia de 9 de marzo de 2017 que la cláusula suelo, en este caso concreto, sí supera el doble control de transparencia exigido por el propio TS, con el añadido de que el notario autorizante de la operación crediticia «puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo), y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia». En el caso concreto, se afirma que se acreditó que «la notario que autorizó la escritura expresamente advirtió a los contratantes de la cláusula de variación del tipo de interés».

Pero el hecho decisivo que inclina la balanza a favor de la licitud de la cláusula suelo, como ya se ha dicho, es que «se aplicó como suelo un tipo inferior al que venía usando la entidad (la Caja Rural)», tal y como prueban los correos

electrónicos cruzados entre el empleado de la entidad que negoció el préstamo y la entidad matriz, por lo que «la cláusula fue negociada individualmente entre los recurrentes y la entidad», calificación jurídica que el propio TS advierte, de modo elegante, que hace superfluo toda la discusión previa entre las partes del contrato, ya que el hecho de que la cláusula, al haber sido negociada y, por tanto, no predispuesta por la entidad financiera, excluye la aplicación de la normativa de la jurisprudencia sobre cláusulas abusivas, «al quedar en entredicho la propia cualidad de condición general de la contratación de la cláusula litigiosa». En conclusión, y con palabras de la sentencia de apelación, «los actores conocían con precisión el alcance y las consecuencias de la aplicación de la referida cláusula suelo, que negociaron individualmente y terminaron por aceptar en uso de su autonomía negociada».

La cuestión que inmediatamente podemos plantearnos es si, aunque la cláusula no fuera negociada individualmente, el hecho de que se firme la oferta vinculante y el notario autorizante explique a los consumidores el alcance de la cláusula no permitiría pensar si no habrá habido ocasiones en el pasado, y si habrá ocasiones en el futuro, en que realmente los consumidores serán conscientes de la carga económica y jurídica de la cláusula suelo, lo que implicaría que se superaría el doble control de transparencia, impidiendo el control de contenido o de abusividad¹², por lo que la cláusula sería lícita a pesar de no estar negociada individualmente.

II. REQUISITOS LEGALES DE TRANSPARENCIA APLICABLES A LOS PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS CONCEDIDOS ANTES DE LA CRISIS FINANCIERA. EN ESPECIAL, LA INTERVENCIÓN DEL NOTARIO AUTORIZANTE

1. LA ORDEN MINISTERIAL DE 5 DE MAYO DE 1994

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios, ya en su Exposición de Motivos indica que uno de sus objetivos principales es facilitar al prestatario «la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente vaya a concertar», de tal forma que las cláusulas financieras del contrato, mediante su redacción estandarizada, sean comprensibles por el prestatario.

Dando un paso más, se señalaba que «a esa adecuada comprensión deberá colaborar el notario que autorice la escritura de préstamo hipotecario, advirtiendo expresamente al prestatario del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas». A posteriori, nos parece que no hay ninguna dificultad en encajar las cláusulas suelo en ese tipo de cláusulas que podían escaparse a la comprensión de un consumidor de tipo medio.

Y ya en el texto de la propia Orden, dentro del artículo 7, dedicado al acto de otorgamiento, se concretaba dicho deber de colaboración del notario: en cumplimiento del Reglamento Notarial¹³ y, en especial, de su deber de informar a las partes del valor y alcance de la redacción del instrumento público, deberá, «en el caso de préstamo a interés variable, advertir expresamente al prestatario», entre otras circunstancias, de «que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés. En particular, cuando las limitaciones no sean semejantes al alza y a la baja, el notario consignará expresamente en la escritura esa circunstancia, advirtiendo de ello a ambas partes».

Y si bien en el contenido del folleto informativo sobre los préstamos hipotecarios que debían tener a disposición de los posibles clientes las entidades financieras, no aparecía ninguna mención expresa a los límites a la variación de tipo de interés variable, en las cláusulas financieras tanto de la oferta vinculante como de la propia escritura del préstamo hipotecario debía expresarse, según el núm. 3 del Anexo II de la Orden Ministerial, la identificación y ajuste del tipo de interés o índice de referencia; y según el núm. 3 bis, los límites máximos y mínimos a la variación del tipo de interés aplicable, deberán expresarse bien en términos absolutos, en forma de tipo de interés porcentual, «o de cualquier otro modo, siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario, y sea conforme a Derecho».

En todas las cláusulas suelo examinadas por nuestros Tribunales sí aparecen de ese modo los límites a la variación mínima del tipo de interés variable; la cuestión que nos debemos plantear es, si de acuerdo con la ordenado en la norma reglamentaria, los notarios advirtieron o no expresamente de la existencia de ese límite mínimo a los consumidores; y si esa advertencia sería o no suficiente para entender que la cláusula suelo era transparente, ya que la intención del Gobierno no pareció limitarse a asegurar la mera incorporación al contenido contractual, sino de que se dicha incorporación fuera seguida de una transparencia real en su redacción, conocimiento y comprensión de sus efectos financieros, gracias precisamente a la intervención del fedatario público¹⁴.

Intervención que guarda similitud con la obligación que tiene el notario de cerciorarse de que quien se presenta en su oficina notarial con el deseo de otorgar testamento está capacitado para testar. Es evidente que corresponde a los jueces el control judicial del juicio de capacidad notarial, como lo es que ocurre exactamente lo mismo con la transparencia y el contenido de las condiciones generales de los contratos de adhesión; pero la sensación que se tiene al analizar el artículo 7 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 es que, si se hubiera cumplido todo lo previsto en dicho precepto, hubiera sido más difícil al Tribunal Supremo entrar al control de contenido de la cláusula suelo previa verificación de su falta de transparencia.

2. JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA TRANSPARENCIA DE LAS CLÁUSULAS EN VIRTUD DEL ASESORAMIENTO NOTARIAL

De hecho, los pronunciamientos judiciales en los cuales se rechaza la calificación como abusiva de una cláusula suelo en virtud de la intervención del Notario al formalizarse el contrato en escritura pública son minoría.

Podemos citar, en primer lugar, la SAP de Asturias de 2 de diciembre de 2014¹⁵, que advierte sobre la «presunción de veracidad de la constancia de la lectura por el notario de la escritura revela oportunidad real de conocer su contenido y la dicción de la cláusula suelo, bajo el enunciado destacado de «límite a la variación del tipo de interés aplicable, la cual «es legible y clara al fijar el tipo porcentual mínimo también destacado, por lo que en definitiva cabe entender superado el filtro de incorporación», ya que, al no ser consumidor el prestatario, no es necesario aplicar la rigurosidad de la exigencia de comprensibilidad real, propia del control de transparencia cuando el contratante tiene la condición de consumidor.

En puridad, hay un único fallo que estrictamente afirma la licitud de la cláusula suelo apoyándose en la intervención del notario: nos referimos a la SAP de Sevilla de 21 de abril de 2015¹⁶, en la cual se afirma que «la escritura de prés-

tamo hipotecario no solo cumple el control de incorporación, sino también el de transparencia propiamente dicha, ya que una vez que el Notario ha hecho reparar a los contratantes sobre la existencia de limitaciones al interés variable, teniendo en cuenta que tales limitaciones tienen una redacción sencilla, fácilmente comprensible para cualquier persona con una inteligencia normal y una preparación mínima», se puede concluir que «la actora conoció o pudo conocer con facilidad de dichas limitaciones y las consecuencias que para el préstamo tenían».

Estamos ante un pronunciamiento que rompe una lanza en toda regla a favor de la libertad contractual, y en contra de considerar que la transparencia —o falta de ella— pueda provocar el error de quien no tenga una formación jurídico-económica suficiente para entender por sí solo las cláusulas de un contrato prerredactado por los servicios jurídicos de un entidad financiera¹⁷.

¿Siempre las cláusulas suelo tienen una redacción sencilla y comprensible?
¿Hasta qué punto el notario puede —o debe— ayudar a dicha comprensión por parte del prestatario consumidor?

3. JURISPRUDENCIA QUE NIEGA RELEVANCIA A LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

La mayoría de los fallos de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no comparten la visión optimista de la citada más arriba, e incluso hay divergencia entre Salas de la misma, ya que el AAP de Sevilla de 30 de diciembre de 2015¹⁸ confirma dos pronunciamientos anteriores¹⁹ en los que se insiste en el carácter farragoso de la redacción de la cláusula, por lo que es bastante creíble que haya podido pasar desapercibida a la prestataria, o más bien que la misma no haya llegado a tomar conciencia de su incidencia en la economía real del contrato.

En primer lugar, podemos acudir al AAP de Cádiz de 24 de octubre de 2014²⁰, para el cual la falta de transparencia de una cláusula suelo se produce a pesar de las comprobaciones y advertencias que hizo el notario autorizante relativa a la información a la parte prestataria; en la misma línea se pronuncian la SAP de Córdoba de 27 de enero de 2015²¹, para la que «no cabe pensar que la intervención del notario autorizante e incluso las advertencias que el mismo hizo en la misma pueda suplir el deber de información cumplida del real significado de esa estipulación que corresponde a la entidad financiera»²²; y la SAP de Castellón de 29 de mayo de 2015²³.

Si la intervención explicativa del notario no es suficiente para la comprensibilidad real de la cláusula suelo, mucho menos lo es, para otros órganos judiciales, la lectura del contrato por su parte. Así, el AAP de Barcelona de 20 de enero de 2015²⁴ afirma expresamente que «aunque en el momento de otorgamiento de la escritura se leyera la misma por el notario, y con ello el cliente tuviera conocimiento del límite contenido en la cláusula dicha, ello no basta, dada la importancia que presenta la información precontractual a la hora de formarse una opinión clara de las condiciones del contrato».

Pero será la STS de 24 de marzo de 2015²⁵ la que cierre el círculo sobre la irrelevancia de la función notarial al considerar que «la intervención del notario tiene lugar al final del proceso que lleva a la concertación del contrato, en el momento de la firma de la escritura de préstamo hipotecario, a menudo simultáneo a la compra de la vivienda, por lo que no parece que sea el momento más adecuado para que el consumidor revoque una decisión previamente adoptada con base en una información inadecuada». ¿Por qué no puede ser un momento adecuado para que el consumidor reciba una adecuada información sobre el contenido y

alcance de las cláusulas del contrato que se dispone a firmar? En caso contrario, estaríamos vaciando el deber de documentar el contrato de préstamo hipotecario en escritura pública; sería un mero deber formal para permitir la constitución de la hipoteca mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad, en contra de la función informativa que la forma escrita del contrato —sea documento privado o documento público— tiene para el consumidor.

Además, dicha sentencia añade que «en todo caso, la intervención del notario podrá influir en el control de transparencia de la cláusula, no en el hecho de que haya sido impuesta por una de las partes», afirmación contradictoria a todas luces con la admisibilidad de las condiciones generales de contratación, ya que se está dando a entender que, aunque se superara el control de transparencia, la cláusula suelo merece un juicio negativo porque ha sido prerredactada por la entidad financiera... Entonces ¿dónde queda la premisa inicial de validez de las cláusulas suelo? Y no solo eso, sino que parece arrojar una sombra de sospecha sobre toda cláusula no negociada individualmente, incompatible con la regulación de las mismas en la LCG en un primer instante —siguiendo a la LCU de 1984— y en el TRLGDCU con posterioridad.

4. CONCLUSIÓN: LAS CLÁUSULAS SUELO PODÍAN SER TRANSPARENTES CUMPLIÉNDOSE LOS REQUISITOS LEGALES EXIGIDOS

En todo caso, parece evidente que el notario tenía un papel esencial a jugar en la comprensión real por parte del consumidor del alcance jurídico y económico de las cláusulas contractuales que va a aceptar sin haber intervenido en su redacción, es decir, pudo influir en que finalmente las cláusulas sean transparentes.

Esa es precisamente la clave de bóveda de la sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva de 9 de septiembre de 2014²⁶: la notaria ante la cual se firmó el contrato de préstamo hipotecario «hace constar que se han cumplido los requisitos de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, en relación con la Circular 2/1994 de 22 de julio; entre ellas, que la entidad actora le exhibe la oferta vinculante a que hace referencia el artículo 5 de la citada Orden, con el contenido esencial del Anexo II, esto es, que ha especificado las condiciones financieras correspondientes a las cláusulas financieras», aseverando la notaria que «tales condiciones que se le anticiparon en la oferta a la hoy demandada coinciden con las financieras de la escritura»; y entre esas condiciones del Anexo II de la Orden Ministerial estaban las ya reseñadas del artículo 3 bis²⁷.

Ahora bien, la propia Audiencia indica que con lo anterior «se ha dado por cumplido este primer filtro o control de incorporación», rebajando así el papel del notario a un mero verificador de la formalidad²⁸, y no del entendimiento real por el consumidor de la cláusula suelo, que la Audiencia entiende que existe gracias a la redacción de la propia cláusula, que recoge en negrita el título de «límite a la variación de interés aplicable», así como en mayúsculas y en negrita el tanto por ciento que opera como suelo (cinco enteros y cincuenta centésimas por ciento).

Sin embargo, en la SAP de Teruel de 27 de mayo de 2014²⁹ —confirmada por la STS de 9 de marzo de 2017, ya citada— se señala que se verificó que la notario autorizante del contrato efectuó la advertencia legal a los contratantes sobre la cláusula de variación del tipo de interés, aceptada en uso de su autonomía negocial, ya que tanto la Audiencia como el TS entienden que la cláusula había sido negociada individualmente entre la oficina bancaria y los prestatarios,

por lo que no cabría nunca apreciar ni su falta de transparencia ni considerar su posible carácter abusivo.

La cuestión es ¿y si no hubiera sido negociada? ¿Bastaría con la explicación realizada por el notario a los prestatarios para apreciar la comprensión real y, por tanto, la transparencia de la cláusula?

La Audiencia Provincial de Sevilla pone el dedo en la llaga en su sentencia de 19 de mayo de 2016³⁰: después de reconocer que la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 resulta de aplicación a las cláusulas suelo, y de situar el problema en «conocer si el contrato de préstamo reúne dichos requisitos de transparencia», señala que «obviamente, cumplir los requisitos que impone dicha Orden le corresponde a las entidades crediticias, como dispone su artículo 1.º, pero entendemos que dicho cumplimiento ha de hacerse extensivo a vigilar que los terceros que intervengan, también los cumpla. Entre ellos, que el notario recoja las advertencias mencionadas, tanto al derecho de los prestatarios a examinar el proyecto de escritura o que ha renunciado a ello, y desde luego, entre otras, las referidas a los intereses variables». El problema se resuelve afirmando que «no se ha realizado la oportuna diligencia de comprobación por el notario», diligencia cuya existencia «es esencial y determinante para esa comprensión por parte del prestatario, que es la finalidad de ese doble control de transparencia a que se refiere la STS de 9 de mayo de 2013. Estamos ante un requisito esencial que la entidad crediticia debió exigir que se cumpliera por parte del notario, para conseguir una plena información por parte de los prestatarios», por lo que la cláusula suelo no supera ese control de transparencia, y debe declararse nula, a pesar de que se formalizara la oportuna oferta vinculante, «que sería un elemento más, pero no esencial y nuclear para considerar que se han cumplido los requisitos de transparencia».

Sensu contrario, si el notario hubiera cumplido con el deber que le impone el artículo 7.º de la Orden Ministerial, la cláusula suelo sí sería transparente, lo cual es admitido implícitamente por el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de junio de 2017³¹, que estima el recurso de casación presentado contra la SAP de Huelva de 9 de septiembre de 2014, antes citada, porque la entidad financiera no proporcionó a los prestatarios la información precontractual a la que estaba obligada —no se prueba dicha entrega, la oferta vinculante no se incorporó a la escritura pública del préstamo y el Banco aporta una realizada años antes a la firma del contrato—, de tal forma que «cuando se ha facilitado una información precontractual adecuada, la intervención notarial sirve para complementar la información recibida por el consumidor sobre la existencia y trascendencia de la cláusula suelo, pero no puede por sí sola sustituir la necesaria información precontractual».

Similares consideraciones se contienen en la STS de 24 de enero de 2018³², que resuelve el recurso de casación planteado contra la SAP de Sevilla de 21 de abril de 2015 a la que ya nos hemos referido. Si bien se reconoce que la cláusula cumple con las exigencias de incorporación, y está redactada en términos que resultan comprensibles por sí mismos, no supera el doble control de transparencia a pesar de que «el notario que autorizaba la escritura se cercioró de que en ese momento se informaba a la consumidora de la existencia de un límite por debajo a la variabilidad del interés, tal y como además aparece en el anexo I del contrato», dejando constancia de que «advirtió a la prestataria de la existencia del límite inferior al interés variable». ¿Por qué no se supera dicho control de transparencia? Porque, aunque «en ese momento la consumidora pudiera ser consciente de que el interés variable estaba afectado por una cláusula suelo,

no tenía margen de maniobra para negociar otro tipo de financiación con otra entidad sin frustrar la compra concertada para ese día», ya que la prestataria no recibió —según dice el TS, no hay constancia de su entrega— la información precontractual que le hubiera concedido ese margen de maniobra. «Bastaría que se acreditara que dicha información le había sido comunicada y explicada a la prestataria con un mínimo tiempo de antelación al otorgamiento de la escritura» para que no hubiera duda «de la transparencia de la cláusula y, por lo tanto, no podría entrar a juzgarse sobre su carácter abusivo».

Pero ¿y cuál podría ser ese «mínimo periodo de tiempo»? En una sentencia publicada un par de meses antes, de 16 de noviembre de 2017³³, se establece que la puesta a disposición de los prestatarios del proyecto de escritura tres días antes de la firma del contrato no colma el deber de transparencia³⁴. Por tanto, el Tribunal Supremo no tiene más remedio que admitir que la cláusula suelo en sí misma es comprensible, y que los prestatarios sabían los riesgos que asumían al firmar el contrato, eso es, que ocurriera lo que nadie pensaba que iba a ocurrir antes de la crisis financiera de 2008: el desplome de los tipos de interés y por ende del Euríbor; lo que provocó que se aplicara el suelo previsto en el contrato para determinar el interés variable.

En definitiva, siempre que las entidades financieras cumplieran con sus deberes previstos reglamentariamente —puesta a disposición del folleto informativo al principio del proceso de contratación, y entrega de la oferta vinculante cuando ya hay un interés serio en solicitar la concesión de un préstamo hipotecario—, y el notario hubiera actuado de acuerdo con lo previsto en el Reglamento Notarial y en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 —y todo ello se pudiera acreditar—, las cláusulas suelo serían totalmente transparentes y no podrían haber sido declaradas abusivas³⁵, ya que el prestatario habría firmado el contrato siendo consciente de los efectos económicos de la cláusula suelo, ejerciendo su libertad para comprometerse contractualmente aun cuando no haya negociado el contenido del contrato³⁶.

Dicho lo anterior, ¿por qué no se han declarado transparentes y válidas las cláusulas suelo? Porque nuestro Alto Tribunal se ha acogido a la carga de la prueba del cumplimiento de los deberes de información precontractual, que corresponde a la entidad financiera en su condición de predisponente. Ya hemos visto que en unos casos, sí se acredita la intervención del notario ajustada a lo indicado en el artículo 7 de la Orden Ministerial de 1994, pero lo que no se llega a probar es la entrega de la oferta vinculante; y en otros, se minusvalora la intervención del notario, por lo que no se supera el control de transparencia y se abre la puerta al control de abusividad³⁷.

Lo anterior explica que los únicos pronunciamientos claros de nuestro Tribunal Supremo a favor de la validez de la cláusula suelo hayan tenido lugar cuando han sido negociadas entre entidad financiera y prestatario, como es el caso de la sentencia de 9 de marzo de 2017 —excluyendo tanto el doble control de transparencia como el de contenido—, o cuando el adherente no tiene la condición de consumidor, exigiéndose solo superar el filtro de incorporación al contrato de la condición general predispuesta en la que se ha introducido la cláusula suelo. El fallo más reciente en este sentido es la STS de 7 de noviembre de 2017³⁸, en la cual se rechaza la consideración como abusiva de una cláusula suelo porque uno de los prestatarios «no intervino en la contratación del préstamo hipotecario como consumidor, puesto que lo hizo en el marco de su actividad empresarial y precisamente para refinanciar unas deudas de tal naturaleza, con la finalidad de unificarlas y poder sobrellevar mejor las cuotas mensuales de amortización»³⁹.

III. LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN LOS PRÉSTAMOS HIPO- TECARIOS POSTERIOR A LA CRISIS

El desplome del Euribor tras estallar la crisis financiera —cuyo punto de ignición parece que puede situarse en la quiebra del gigante financiero LEHMAN BROTHERS en septiembre de 2008— provocó que el interés variable descendiera a cuotas inferiores a las cifras mínimas previstas en las cláusulas suelo, por lo que comenzaron a producirse los primeros pleitos al tener que decidirse sobre demandas de prestatarios que solicitaron la declaración como abusiva y, por ende, la nulidad de las cláusulas suelo. Si bien, como ya es conocido, el Tribunal Supremo no se pronunció por primera vez hasta mayo de 2013, ya con anterioridad era de dominio público la magnitud de la cuestión y la divergencia de criterio entre las diversas Audiencias Provinciales, lo que llevó al Gobierno a tener que responder ante la opinión pública, reforzando la protección del consumidor ante la supuesta práctica abusiva por parte de las entidades financieras.

1. ORDEN EHA 2899/2011 DE 28 DE OCTUBRE

La Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 fue derogada por la Orden EHA 2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, que la sustituye en lo referente a la normativa de transparencia del préstamo hipotecario, diseñando unos requerimientos de información tanto de carácter precontractual como contractual, y reforzando específicamente la transparencia en lo que se refiere a determinados servicios, como son las cláusulas suelo o techo, según se expresa en la Exposición de Motivos.

En efecto, además de seguir exigiendo la realización de una oferta vinculante (art. 23), a la hora de informar sobre el tipo de interés, «se especificará, asimismo, de forma destacada la existencia de límites a la baja (suelos) o al alza (techos) del tipo de interés variable limitado o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés», lo cual también deberá constar en la Ficha de Información Personalizada (FIPER).

En cuanto al papel de los Notarios ante los cuales se otorguen la escritura pública, según el artículo 30, estos «informarán al cliente del valor y alcance de las obligaciones que asume; y en cualquier caso, deberá, si hay un tipo de interés variable, advertirle expresamente cuando se dé, entre otras, la circunstancia de «que se hubieran establecido límites a la variación del tipo de interés, como cláusulas suelo o techo. En particular, el notario consignará en la escritura esa circunstancia, advirtiéndole expresamente de ello al cliente e informándole, en todo caso, sobre

- Los efectos de estos límites ante la variación del tipo de interés de referencia.
- Las diferencias entre los límites al alza y a la baja y, de manera especial, si se ha establecido únicamente un límite máximo a la bajada del tipo de interés.

En definitiva, «el régimen de transparencia impuesto por la Orden EHA 2899/2011 es muy superior al de la OM de 5 de mayo de 1994»⁴⁰.

A lo anterior hay que añadir las normas sobre transparencia que deben seguir quienes deseen ofrecer préstamos hipotecarios no siendo entidades financieras,

contenidas en una norma aprobada poco antes que la Orden EHA/2899/2011: la Ley 2/2009, de 31 de marzo, que regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios, establece en su artículo 18 que los notarios deberán informar, entre otros extremos, del valor y alcance de los límites establecidos a la variación del tipo de interés⁴¹, lo cual suponía, en ese momento, transponer las normas de transparencia de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, si bien elevadas a rango de ley.

2. LEY 1/2013, DE 14 DE MAYO

Todo lo anterior se traslada al artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo⁴², de medidas para reforzar la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios, cuya rúbrica es redundante al titularse «fortalecimiento de la protección del deudor hipotecario en la comercialización de los préstamos hipotecarios». Además, dicho precepto obliga a que en la escritura pública del contrato el prestatario acepte expresamente⁴³ haber sido adecuadamente advertido de los riesgos derivados del contrato, siempre que el prestatario sea una persona física, en la que la hipoteca recaiga sobre una vivienda —primera o segunda residencia, se entienda—, o cuya finalidad sea adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir, en los que se estipulen *límites a la variabilidad del tipo de interés*, del tipo de las cláusulas suelo y techo, en los cuales el límite de variabilidad a la baja sea inferior al límite de la variabilidad al alza.

Estamos ante una típica actuación exagerada del legislador; si lo anteriormente vigente no ha sido suficiente —según el TS— para que realmente las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios sean transparentes, ahora el cliente debe indicar expresamente «a mano» —en una escritura redactada por un notario— que se ha enterado de lo que firma, lo cual permite adivinar una cierta desconfianza hacia el cumplimiento de los deberes por parte de los notarios⁴⁴ y hacia la capacidad de los clientes de comprender lo que le explique el notario.

3. PROYECTO DE LEY REGULADORA DE LOS CONTRATOS DE CRÉDITO INMOBILIARIO

Aprovechando que se debía incorporar a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial, el Proyecto de Ley con el que el Gobierno pretende cumplir dicho deber —aunque tarde, como es costumbre en nuestro país—, introduce una serie de previsiones cuya finalidad es potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y el equilibrio entre las partes en los contratos de préstamo o crédito con garantía inmobiliaria, completando y mejorando en el nivel legal el marco existente de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, y la Ley 2/2009, de 31 de marzo⁴⁵.

¿En qué consistirían dichas mejoras, en lo referente a cláusulas suelo? En concreto, se desea garantizar que el prestatario tenga a su disposición la información necesaria para que pueda comprender en su integridad la carga económica y jurídica del préstamo que va a contratar. Esa información precontractual se canaliza a través de una Ficha de Advertencias estandarizadas (FIAE) —regulada en el artículo 12—, en la que se informará al prestatario de la existencia de las

cláusulas o elementos relevantes, debiendo incluir, al menos —entre otras—, una referencia, en su caso, a la existencia de límites mínimos en el tipo de interés aplicable como consecuencia de la variación a la baja de los índices o tipos de interés a los que (el tipo de interés aplicable) está referenciado; asimismo, en caso de tratarse de un préstamo a interés variable, de un documento separado con una referencia especial a las cuotas periódicas a satisfacer por el prestatario en diferentes escenarios de evolución de los tipos de interés. Dicha Ficha, junto con la oferta vinculante, deberá entregarse con una antelación mínima de siete días naturales respecto a la firma del contrato.

Respecto a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, la mejora apenas tiene lugar en el ámbito temporal: de tres días con los que contaba el consumidor para ver el proyecto de contrato en la Notaría se pasa a siete como mínimo; pero hay que recordar que la oferta vinculante —obligatoria— debía entregarse antes de que el prestatario acudiera a la Notaría, y que tenía un plazo de validez no inferior a 10 días, luego era posible que sí transcurriera una semana entre la entrega de la oferta vinculante —que contenía las cláusulas financieras del préstamo— y la firma del contrato.

En lo referente al papel del notario como garante del cumplimiento del principio de transparencia material, se prevé su intervención en dos momentos temporales diferentes, contemplados en el artículo 13. En primer lugar (núm. 2), el notario deberá levantar acta previa al otorgamiento de dicha escritura —como muy tarde, el día anterior al del otorgamiento de la escritura pública del préstamo (núm. 3)— de que la documentación precontractual se ha entregado con la antelación mínima exigida, de que el prestatario ha acudido a recibir el preceptivo asesoramiento personalizado, en concreto sobre la aplicación práctica de las cláusulas relativas al tipo de interés específicamente recogidas en la FIAE; y, por último, deberá incorporarse a dicha acta una manifestación manuscrita y firmada por el prestatario, en la que declare que ha recibido, con una antelación mínima de siete días, la documentación precontractual (núm. 2, letra d) —lo cual es redundante y superfluo, pues el notario ya lo ha indicado anteriormente; pueden los notarios volver a plantearse que se duda de la veracidad de sus afirmaciones—, así como que comprende y acepta su contenido y que entiende los riesgos jurídicos y económicos de la operación, lo que supone establecer con carácter general lo ya dispuesto por el artículo 6 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo.

Así pues, se impone al Notario el deber de acreditar la entrega por parte de la entidad financiera de la información precontractual, y de recabar la manifestación expresa del prestatario —sea consumidor o no, sean cuales sean sus conocimientos financieros— de que se ha enterado de los riesgos que asume, lo cual vuelve a introducir una sensación de que el asesoramiento del notario por sí solo no despeja todas las dudas acerca de la transparencia de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios.

En un segundo momento (núm. 6), el notario, cuando otorgue finalmente la escritura pública de préstamo, hará referencia expresa al acta al que nos acabamos de referir, así como la afirmación del notario *bajo su responsabilidad*, de que el prestatario ha recibido en plazo la documentación y el asesoramiento previsto en este artículo, lo que supone la puntilla para la desconfianza que el legislador tiene hacia la labor del Notario, como si la libertad contractual del prestatario no tuviera apenas valor. Entendemos que bastaría con que el Notario autorizante, en la propia escritura pública, acreditara la entrega de la información precontractual y la prestación del asesoramiento personalizado, para que se cumplieran los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para que las cláusulas

financieras de los préstamos hipotecarios suscritos por un consumidor superaran el doble control de transparencia, material y formal.

Ahora bien, si se prescinde del requisito formal de la acreditación de la prueba de la entrega de la documentación precontractual, lo anterior nos reafirma en que —como ya se ha comentado en relación con la STS de 24 de enero de 2018— las cláusulas suelo sí podían ser transparentes y eran lícitas, siempre que se hubieran cumplido las exigencias documentales de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994 y el notario hubiera actuado de acuerdo con lo estipulado tanto en el Reglamento Notarial como en la citada orden, dando fe de que el prestatario consumidor sabía cuáles eran las consecuencias jurídicas y económicas de la cláusula que introducía una cifra mínima para el componente variable del tipo de interés aplicable.

4. UN PROBLEMA ANÁLOGO: LOS PRODUCTOS FINANCIEROS COMPLEJOS Y LA NORMATIVA SOBRE TRANSPARENCIA EN EL MERCADO DE VALORES

En la misma línea que lo ya previsto por la Ley 1/2013, de 14 de mayo —y por el Proyecto de Ley sobre créditos inmobiliarios—, la CNMV ha introducido como buena práctica —en su Circular 1/2018, de 12 de marzo⁴⁶— en la adquisición de «productos financieros complejos» que no cuente con asesoramiento en materia de inversión, el deber a cargo de las entidades financieras de recabar de los clientes minoristas la firma de una expresión manuscrita por él mismo que dirá «Producto difícil de entender. La CNMV considera que, en general, no es conveniente para inversores minoristas», según lo establecido en el núm. 4 de la norma segunda de la Circular⁴⁷. Según la Exposición de Motivos, al no haber asesoramiento —lo que sí ocurría en el caso de los préstamos hipotecarios, donde precisamente el notario cumple con esa función de asesoramiento jurídico y económico⁴⁸—, sino que las entidades solo analizan los conocimientos y experiencia del potencial inversor —mediante los test de conveniencia e idoneidad—, la firma de dicha expresión manuscrita aseguraría el consentimiento informado y la efectividad de la protección a los clientes minoristas.

Por tanto, hay que entender que en esos casos los minoristas no podrán en el futuro solicitar la anulabilidad del contrato de adquisición del producto financiero por error en el consentimiento, ya que han sido advertidos de su complejidad y aun así han celebrado el contrato.

En definitiva, se supone que gracias a esas advertencias y aceptaciones manuscritas ni los prestatarios podrán impugnar una cláusula que fije un tope mínimo a la hora de determinar el interés variable de un préstamo hipotecario, ni los pequeños inversores podrán alegar vicios del consentimiento cuando adquieran productos financieros complejos como eran las participaciones preferentes⁴⁹ o son los *swap*⁵⁰, cuando los reveses de la fortuna provoquen que el interés de referencia sea inferior al tope mínimo aceptado o los riesgos asumidos a cambio de una rentabilidad desmesurada se concreten en la pérdida casi total de la cantidad invertida⁵¹.

IV. CONCLUSIONES

I. Salvo que se acreditara por el prestatario que se había efectuado una negociación a la hora de redactar la cláusula suelo en un contrato de préstamo

hipotecario, o porque el prestatario no tuviera la condición de consumidor, —o por sus conocimientos profesionales no pudiera alegar falta de experiencia en la contratación bancaria—, dicha cláusula ha sido declarada nula por falta de transparencia en la inmensa mayoría de las ocasiones en las que ha tenido que pronunciarse el Tribunal Supremo, aun reconociendo que estuviera redactada en términos que resultaran comprensibles para cualquier persona.

II. Siempre que se hubiera llevado a cabo por parte de las entidades financieras la información precontractual prevista en la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, y el notario autorizante del préstamo no se hubiera limitado a leer el contenido de la escritura, sino que actuara de acuerdo con lo indicado en la referida Orden y en el Reglamento Notarial, advirtiendo al prestatario de la existencia de un límite inferior para determinar el interés variable aplicable al contrato —y se pudiera acreditar ambas circunstancias—, la cláusula suelo no solo era comprensible, sino que debía de concluirse que superaba las exigencias del doble control de transparencia establecido en la STS de 9 de mayo de 2013.

III. Las exigencias de transparencia en la redacción de las cláusulas suelo recogidas en la normativa posterior al comienzo de la crisis financiera en 2008 —que provocó que el Euríbor se desplomara por debajo de los límites inferiores del interés variable contemplados en los préstamos hipotecarios—, persiguen una verificación formal del conocimiento y comprensión de dichas cláusulas por parte de los clientes de las entidades financieras, mediante una expresión manuscrita de tal comprensión añadida a la firma de la propia escritura de préstamo, de modo similar a lo previsto para la comercialización de productos financieros complejos —v. gr., *swaps*— en la normativa reguladora del mercado de valores.

IV. Si finalmente se aprueba una nueva Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, habrá que esperar a comprobar que el Tribunal Supremo bendiga los requisitos de transparencia material y formal contemplados sobre las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios, en el caso de que los consumidores aleguen que las cláusulas que determinen el cálculo del interés variable aplicable no pueden aplicarse atendiendo a sus conocimientos y experiencia en la contratación bancaria.

ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (TJCE 2016, 309)
- STJUE de 26 de enero de 2017 (TJCE 2017, 31)

TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 18 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 8857)
- STS de 9 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 3088)
- STS de 8 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 4660)
- STS de 24 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 845)
- STS de 25 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 735)
- STS de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 2306)
- STS de 5 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4764)
- STS de 13 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 21)

- STS de 20 de enero de 2017 (*RJ* 2017, 926)
- STS de 9 de marzo de 2017 (*RJ* 2017, 977)
- ATS de 4 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 2121)
- STS de 8 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2509)
- STS de 7 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4763)
- STS de 16 de noviembre de 2017 (*RJ*2017, 4859)
- STS de 14 de diciembre de 2017 (*RJ* 2017, 5167)
- STS de 24 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 182)
- STS de 2 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 63979)
- STS de 17 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 105260)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ASTURIAS

- SAP de 2 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 32342)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

- AAP de Barcelona de 20 de enero de 2015 (*JUR* 2015, 111694)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÁDIZ

- AAP de 24 de octubre de 2014 (*AC* 2015, 215)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CASTELLÓN

- SAP de Castellón de 29 de mayo de 2015 (*AC* 2015, 1174)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE CÓRDOBA

- SAP de Córdoba de 27 de enero de 2015 (*AC* 2015, 421)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA

- SAP de 9 de septiembre de 2014 (*JUR* 2015, 63236)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

- SAP de 21 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 173183)
- AAP de 3 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 58060)
- AAP de 3 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 58476)
- AAP de 30 de diciembre de 2015 (*JUR* 2016, 58364)
- SAP de 19 de mayo de 2016 (*JUR* 2016, 225380)
- SAP de 2 de mayo de 2017 (*JUR* 2017, 309256)

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TERUEL

- SAP de 27 de mayo de 2014 (*JUR* 2014, 185804)

BIBLIOGRAFÍA

- CONTHE, M. (2015). Prólogo, José M.^a López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, 7-9.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009), en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios del Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor: Aranzadi.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.^a (2015). La contratación bancaria, en J. M.^a López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Hospitalet de Llobregat: Bosch, 187-240.
- (2015). El contrato de préstamo hipotecario, en J. M.^a López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 241-358.
- NIETO CAROL, U. (2016). *Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Cizur Menor: Aranzadi.
- ORDÁS ALONSO, M. (2014). *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Hospitalet de Llobregat: Bosch.

NOTAS

¹ Fuente: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-98-de-marzo-de-por-ciento-de-las-mas-de-de-septiembre-de-000-sentencias-dictadas-en-2017-por-los-juzgados-especializados-en-clausulas-abusivas-fueron-favorables-al-cliente>

² TJCE 2016, 309.

³ RJ 2013, 3088.

⁴ Como es sabido, el Gobierno de España reaccionó a la publicación de la STJUE de 21 de diciembre de 2016 aprobando el Real Decreto-ley 1/2017, de 20 de enero, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo, estableciendo un procedimiento extrajudicial de reclamación de los intereses a devolver por las entidades financieras en virtud de la nulidad de una cláusula suelo inserta en un préstamo hipotecario concertado por un consumidor.

⁵ RJ 2015, 735.

⁶ RJ 2017, 2121.

⁷ TJCE 2017, 31.

⁸ RJ 2017, 977.

⁹ «Las cláusulas suelo son lícitas siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos» (párrafo 255).

¹⁰ RJ 2012, 8857.

¹¹ JUR 2014, 185804.

¹² Así ha fallado el TS en su sentencia de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017, 5167), en la que se declara que no es abusiva la cláusula de cálculo del interés variable de los préstamos hipotecarios referenciada al IRPH, ya que es una cláusula transparente. En primer lugar, «gramaticalmente, la cláusula es clara y comprensible, y permite al prestatario conocer, comprender y aceptar que el interés variable de su préstamo hipotecario se calcula con referencia a un tipo oficial fijado y controlado por el Banco de España»; y, en segundo lugar, «resulta fácilmente accesible para un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz», por lo que «el consumidor puede conocer de manera sencilla que tendrá que pagar el resultado de sumar el índice y el referencial». Y aquí radica fundamentalmente la diferencia con la cláusula suelo, en que dicha comprensibilidad quedaba oscurecida por el hecho de que el coste del préstamo no funcionaba siempre con esos dos elementos, al establecerse un tope mínimo por debajo del cual el diferencial no fluctuaba.

En nuestra opinión, y como se verá más adelante, ambas cláusulas son comprensibles para un consumidor medio; el factor que inclina la balanza a favor de la referencia al IRPH es que se trata de un tipo definido y regulado legalmente, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

¹³ GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009), en R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Comentarios del Texto Refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Cizur Menor: Aranzadi, 945— destaca que la transparencia de las condiciones generales de contratación es algo por lo que debe velar el notario de acuerdo con el artículo 148 del Reglamento Notarial, según el cual los instrumentos públicos deberán redactarse empleando «estilo claro, puro, preciso, sin frases ni términos alguno oscuros ni ambiguos, y observando, de acuerdo con la Ley, como reglas imprescindibles, la verdad en el concepto, la propiedad en el lenguaje y la severidad en la forma».

¹⁴ M. CONTHE —intérprete «autorizado», pues fue el redactor material de la Orden Ministerial de 1994 en cuanto Director General del Tesoro y Política Financiera—, indica que «no es descartable que algunos de los deudores hipotecarios que las pactaron padecieran un error esencial sobre tales cláusulas suelo y que, al autorizar la escritura, el notario no destacara su existencia», como exigía la Orden, y que «algunos deudores ni siquiera vieran la cláusula, a pesar de que su tipo de interés mínimo figuraba en negrilla»; pero opina que la STS de 9 mayo de 2013 se equivoca al calificar como factor de distorsión o señuelo el que los bancos cumplieran la Orden, y critica que considere tales cláusulas como no transparentes basándose en hechos ajenos a ellas [2015, «Prólogo», J. M.^a López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Madrid: Bosch, 8].

¹⁵ JUR 2015, 32342.

¹⁶ JUR 2015, 173183 (Sala 5.^a).

¹⁷ Hay un segundo fallo de la misma Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, de 2 de mayo de 2017 (JUR 2017, 309256), que insiste en que en un préstamo hipotecario que incluye una cláusula suelo, dicha cláusula es «clara, concreta, sencilla; y desde el punto de vista de su contenido y redacción cumple los requisitos de transparencia y claridad. Otra cuestión es que en el proceso de contratación el prestatario haya comprendido el real alcance y efectos de la cláusula», lo cual en el supuesto enjuiciado queda fuera de toda duda, ya que uno de los prestatarios es el notario titular de la Notaría en la que se suscribió la escritura, por lo que tenía el deber de conocer las obligaciones que a los notarios impone la normativa vigente sobre la transparencia en las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios y la obligación notarial de informar a los prestatarios de determinadas condiciones contractuales, especialmente de la existencia de límites a la variación del tipo de interés». Lógicamente, la Audiencia no tiene más remedio que concluir que «en este caso concurren las condiciones de transparencia en la contratación, y que los actores tuvieron la oportunidad de conocer y conocieron la existencia de la cláusula, y que comprendieron sus consecuencias y su repercusión jurídica y económica», luego la cláusula es perfectamente lícita.

¹⁸ JUR 2016, 58364.

¹⁹ AAP de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 58060) y de 3 de diciembre de 2015 (JUR 2016, 58476).

²⁰ AC 2015, 215.

²¹ AC 2015, 421.

²² Cita expresamente a la STS de 8 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4660), que afirmó que «sin perjuicio de la importante función preventiva que los notarios realizan sobre el control previo de las condiciones generales de la contratación, la comprensibilidad real debe inferirse del propio juego o desarrollo de la reglamentación predisuelta, de forma que la escritura pública y, en su caso, el contraste de las condiciones financieras de la oferta vinculante, no suplen, por sí solos, sin protocolo o actuación específica al respecto, el cumplimiento de este especial deber de transparencia».

²³ AC 2015, 1174.

²⁴ JUR 2015, 111694.

²⁵ RJ 2015, 845.

²⁶ JUR 2015, 63236.

²⁷ En el voto particular firmado por I. SANCHO GARGALLO a la STS de 8 de septiembre de 2014 —ya citada— se afirma que a la vista de la redacción y la presentación de la cláusula suelo en la oferta vinculante, esta «es extremadamente clara», pues en ella «se resaltaba de forma muy clara y sencilla, junto al tipo de interés aplicable (Euribor más un margen diferencial), la existencia de un tipo mínimo», por lo que se concluye que «las cláusulas que incorporaban este tipo mínimo en los contratos de préstamo hipotecario pasaban el control de transparencia, en la medida en que no resultaba algo extraño o sorpresivo, y su simple lectura permitía comprender al consumidor las consecuencias económicas derivadas de su cargo».

²⁸ Algo ya previsto en el artículo 23.2 de la Ley de condiciones generales de la contratación de 2003, que señala que el notario ha de velar por el cumplimiento de los requisitos de incorporación de los artículos 5 y 7 de la propia Ley, como recuerda I. GONZÁLEZ PACANOWSKA (*ibid.*).

²⁹ JUR 2014, 185804.

³⁰ JUR 2016, 225380.

³¹ RJ 2017, 2509.

³² RJ 2018, 182.

³³ RJ 2017, 4899.

³⁴ Ese era precisamente el plazo mínimo que establecía el artículo 7.2 de la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994.

³⁵ Recordemos que la STS de 9 de marzo de 2017 reconoce que «en la contratación de préstamos hipotecarios, puede ser un elemento a valorar la labor del notario que autoriza la operación, en cuanto que puede cerciorarse de la transparencia de este tipo de cláusulas (con toda la exigencia de claridad en la información que lleva consigo), y acabar de cumplir con las exigencias de información que subyacen al deber de transparencia» (la cursiva es nuestra). LÓPEZ JIMÉNEZ se plantea si «es suficiente la lectura, explicación notarial y el asesoramiento que se brinda en el momento del otorgamiento del contrato ante notario a los efectos de la comprensibilidad real» de la cláusula suelo, para apostillar que, si bien la STS de 9 de mayo de 2013 parte de la validez de la cláusula suelo, «decreta, casi como si se tratara de una ley una falta de transparencia general en ellas sin distinguir aquellos casos en los que sí ha habido conciencia e información suficiente y la necesaria antelación en ella a través de ofertas vinculantes u otros cauces y por la labor informativa del notario, de aquellos en los que tal transparencia ha faltado» [2015, La contratación bancaria, en J. M.^a López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los contratos hipotecarios*. Madrid: Bosch, 229].

³⁶ U. NIETO CAROL —*Transparencia y protección de la clientela bancaria*, Ed. Aranzadi, 2016, 418— afirma, en relación a la STS de 9 de mayo de 2013, que el TS «se limita a considerar, lo que no me parece admisible, que el cumplimiento de la normativa de transparencia que, obviamente, es obligado, no sirve para la finalidad para la que fue aprobada; es decir, que el cumplimiento de las obligaciones de información precontractual (entonces folleto informativo y oferta vinculante) o las advertencias y explicaciones del notario en el momento del otorgamiento, no valen para nada a efectos de la «transparencia» exigida por los magistrados de nuestro Alto Tribunal»; compartimos totalmente esta objeción a la línea jurisprudencial que se ha impuesto en relación con la validez de las cláusulas suelo.

³⁷ I. GONZÁLEZ PACANOWSKA comenta que «no parece, a la vista de la jurisprudencia, que el hecho de haberse celebrado el contrato con intervención de fedatario público sea en absoluto argumento decisivo, ni a favor del conocimiento, ni como obstáculo para la abusividad» (*ibid.*). A favor de la falta de transparencia podría acudir al Informe del Defensor del Pueblo sobre la *Crisis económica y deudores hipotecarios: actuaciones propuestas del Defensor del Pueblo*, que «llama la atención sobre el gran número de quejas recibidas en las que se pone de manifiesto la disconformidad de los ciudadanos con la actuación de “algunos” notarios, porque consideran que no facilitan una información adecuada a la hora de proceder a la firma de préstamos hipotecarios, limitando su actuación a leer rápidamente la correspondiente escritura sin prestar ningún tipo de asistencia a los ciudadanos». La cita está tomada de ORDÁS ALONSO, M. (2014), *El nuevo marco normativo para la contratación de préstamos y créditos*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 182.

³⁸ RJ 2017, 4763.

³⁹ En la misma línea, podemos citar, entre otros pronunciamientos, a la STS de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2306), en la que se rechaza calificar como abusiva la cláusula suelo de un préstamo hipotecario suscrito con la finalidad de financiar la adquisición de un local para la instalación de una oficina de farmacia, ya que no puede realizarse el control de transparencia en contratos en que el adherente no tiene la cualidad legal de consumidor; y a la STS de 20 de enero de 2017 (RJ 2017, 926), que contiene el mismo fallo respecto a un contrato firmado por una compañía mercantil para refinanciar deudas de la misma con otras entidades bancarias, reiterándose la improcedencia del control de transparencia cualificado de las condiciones generales incluidas en contratos con adherentes no consumidores, como es el caso. Se apostilla en ambas sentencias que «ni el legislador comunitario, ni el español, han dado el paso de ofrecer una modalidad especial de protección al adherente no consumidor, más allá de la remisión a la legislación civil y mercantil sobre respeto a la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones para evitar situaciones de abuso contractual», por lo que estamos en presencia de una opción legislativa —que podría cambiar, en línea de lo propuesto por F. J. ORDUÑA MORENO en un voto particular a la primera de las dos sentencias citadas— «que, en materia de condiciones generales de la contratación, diferencia únicamente entre adherentes consumidores y no consumidores».

⁴⁰ NIETO CAROL, *cit.*, 409; en esa misma línea se pronuncia también LÓPEZ JIMÉNEZ, (2015), El contrato de préstamo hipotecario, en J. M.^a López Jiménez (dir.), *La cláusula suelo en los préstamos hipotecarios*, Hospitalet de Llobregat: Bosch, 298.

⁴¹ Para ORDÁS ALONSO —*cit.*, 181—, «la justificación del artículo 18 de la Ley 2/2009 y 30 de la Orden de 28 de octubre de 2011 se encuentra en el hecho de que el notario debe colaborar así en facilitar al prestatario la perfecta comprensión e implicaciones financieras del contrato de préstamo hipotecario que finalmente va a celebrar, advirtiéndole expresamente del significado de aquellas cláusulas que, por su propia naturaleza técnica, pudieran pasarle inadvertidas».

⁴² Curiosamente, aprobada a los escasos cinco días de la primera STS que declaró nula una cláusula suelo ¿Coincidencia o casualidad?

⁴³ Sobre las objeciones a dicha expresión manuscrita, véase NIETO CAROL, *cit.*, 408.

⁴⁴ Para LÓPEZ JIMÉNEZ, si la STS de 9 de mayo de 2013 minusvaloró la intervención del notario con carácter general en el proceso de contratación, la imposición de la «expresión manuscrita» del artículo 6 de la Ley 1/2013 ha sido considerada en muchos ámbitos notariales como una verdadera humillación (*cit.*, 228).

⁴⁵ Se ha manejado el texto del Proyecto de Ley remitido al Congreso de los Diputados y publicado en el BOCG el 17 de noviembre de 2017; en el momento de cerrar este trabajo, se está a la espera de tramitar las enmiendas parciales presentadas al Proyecto en la Comisión de Economía, Industria y Competitividad.

⁴⁶ Publicada en el BOE de 27 de marzo de 2018.

⁴⁷ Con anterioridad, la Ley del Mercado de Valores, tras la reforma efectuada por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito —cuya finalidad era incorporar a nuestro ordenamiento interno la normativa MIFID— ya dispuso en su artículo 79 bis, apartado 7, que, cuando de acuerdo a la información obtenida en el test de conveniencia, una entidad financiera considerara que el producto o servicio de inversión no era adecuado para el cliente, debía de advertírselo; y se añadía que, en el caso de que el servicio de inversión se preste en relación con un instrumento complejo, «se exigirá que el documento contractual incluya, junto a la firma del cliente, una expresión manuscrita, en los términos que determine la CNMV, por la que el inversor manifieste que ha sido advertido de que el producto no le resulta conveniente o de que no ha sido posible evaluarle en los términos de este artículo».

⁴⁸ En el caso de un contrato de permuta financiera, el TS consideró en su sentencia de 13 de enero de 2017 (RJ 2017, 21) que «tampoco la intervención notarial en alguno de esos contratos puede considerarse suficiente para considerar que los clientes fueron informados adecuadamente de la naturaleza, características y riesgos de los contratos *swap*», y advirtió que «no debe olvidarse que las obligaciones de información, en el elevado y exigente grado que exige la normativa del mercado de valores, se imponen a las empresas

que intervienen en el mercado de valores, y no a terceros intervinientes como pueden ser los fedatarios públicos».

⁴⁹ En la STS de 2 de marzo de 2018 (*JUR* 2018, 63979) se anula un contrato de adquisición de obligaciones subordinadas por existir un vicio del consentimiento en la contratación de un producto financiero complejo, al producirse un incumplimiento del deber de información a cargo de la entidad bancaria, ya que los clientes tenían un perfil inversor conservador y carentes de formación financiera para conocer el producto y los riesgos asociados a él.

⁵⁰ Por todas, puede citarse la STS de 5 de octubre de 2016 (*RJ* 2016, 4764), en la que se declara nulo un contrato de permuta financiera de tipos de interés por vicio en el consentimiento. Se advierte que «el que se imponga a la entidad financiera que comercializa productos financieros complejos, como el *swap* contratado por la sociedad recurrente, el deber de suministrar al cliente inversor no profesional una información comprensible y adecuada de tales instrumentos (o productos) financieros, que necesariamente ha de incluir «orientaciones y advertencias sobre los riesgos asociados a tales instrumentos», muestra que esta información es imprescindible para que el inversor no profesional pueda prestar válidamente su consentimiento. De tal forma que el desconocimiento de estos concretos riesgos asociados al producto financiero que contrata, pone en evidencia que la representación mental que el cliente se hacía de lo que contrataba era equivocada. Y este error es esencial, pues afecta a las presuposiciones que fueron causa principal de la contratación del producto financiero».

⁵¹ Y decimos que se supone porque la STS de 17 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 105260) echa por tierra dicho planteamiento al anular varios contratos de permuta financiera, a pesar de la previa realización de los test de conveniencia —no del de idoneidad— y de que se recogiera en los contratos la declaración manuscrita de los clientes minoristas de que han sido informados «de que la realización de esta operación no es conveniente ni adecuada para él, atendiendo a sus conocimientos y experiencia», que eran prácticamente nulos. Para el TS, el cumplimiento de lo estipulado en la Ley del Mercado de Valores no exige a la entidad financiera del exacto cumplimiento de sus deberes de información precontractual sobre las características y riesgos del producto —como es evidente, se trata del mismo argumento utilizado en la STS de 24 de enero de 2018 para declarar abusiva una cláusula suelo, a pesar de que era comprensible y de que el notario había cumplido con sus obligaciones de advertir al prestatario de su existencia y trascendencia—, lo que no ocurrió en el caso. Sin embargo, uno de los magistrados se manifiesta en un voto particular en contra de la decisión mayoritaria de la Sala Primera, ya que opina que no existe error excusable en el consentimiento de quien contrata en las condiciones que lo hicieron los clientes minoristas, siendo conscientes de que el producto no era conveniente para ellos, por lo que el contrato no puede ser anulado ahora por el hecho de no haber obtenido resultados económicamente favorables. Esto último nos deja abierta la gran interrogante: si el Euríbor no se hubiera desplomado como lo hizo a partir de 2009 —lo cual era absolutamente imprevisible en el momento en que se firmaron los préstamos hipotecarios objeto de la litigiosidad comentada en estas páginas—, ¿las cláusulas suelo serían lícitas sin discusión?

RECENSIONES
BIBLIOGRÁFICAS

YÁÑEZ VIVERO, Fátima, *Patrimonio inembargable, alimentos y fresh start*, Marcial Pons, Madrid, 2017, 185 págs.

por

DRA. LIDIA ARNAU RAVENTÓS

Profesora Agregada de Derecho civil. Universidad de Barcelona

El volumen discurre, fundamentalmente, en escenarios concursales. El punto de partida se sitúa en el siempre latente conflicto de intereses que surge, en situaciones de insolvencia patrimonial, entre los acreedores insatisfechos que pretenden agredir el patrimonio del deudor y la necesidad de este y de su familia de vivir a cargo de ese mismo patrimonio. La previsión general de bienes inembargables, la regulación concursal del derecho de alimentos y la existencia de mecanismos de segunda oportunidad llevan a la autora a identificar un nada sencillo entramado de cuestiones que escapan del nicho regulatorio de aquellos tres ejes. Más allá de la actualidad de la materia y de su trascendencia social, es esta transversalidad la que, desde un punto de vista práctico, orienta con paso seguro al intérprete y, desde una vertiente más técnica, desvela las flaquezas de un sistema que media en aquel conflicto de forma poco convincente. De ahí, las valuosas propuestas de *lege ferenda* que elabora la Dra. YÁÑEZ.

El título del volumen anticipa su principal hilo argumental: la existencia de bienes inembargables (así, para procurar la subsistencia del concursado y su familia) convierte o debería convertir teóricamente en innecesaria la atribución de un derecho de alimentos, a favor de aquel deudor común, realizable sobre el patrimonio concursal y con idéntica finalidad de mantenimiento. En el ordenamiento español, sin embargo, concurren unos y otro. Más allá de las sintonías y desavenencias que procura este doble cauce, el estudio presta especial atención a otras dos cuestiones: la primera, sin reflejo expreso en el título de la obra, se centra en el papel que ocupa y el trato que recibe, en aquella encrucijada, la vivienda familiar; la segunda, sí aludida en aquella rúbrica y en cierto modo derivada de la anterior, se reconduce hacia el mecanismo de segunda oportunidad que ensaya, desde 2015, la Ley Concursal. Se trata entonces de analizar de qué forma se compaginan los requisitos legales a los que se supedita el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho con la reserva de aquellos bienes que sean necesarios, no solo ya para la estricta subsistencia del deudor, sino para propiciar un *fresh start* efectivo.

La cuestión central de la inembargabilidad de determinados bienes, que se desgajan (o deberían desgajarse) del patrimonio concursal, se relega por la autora al Capítulo IV del volumen. Los tres primeros se ocupan de los alimentos; así, tanto de los debidos por el concursado, como de los necesarios para su propia subsistencia. La andadura se inicia con una apuesta acerca de la prestación alimenticia en la ejecución singular. Derogada la preferencia que figuraba en el

artículo 1924 del Código Civil, la autora suscribe una aplicación por analogía de la regulación concursal del crédito por alimentos, esto es, como crédito predecible. Esta aplicación quedaría supeditada, sin embargo, a la inexistencia de otros patrimonios (se entiende, solventes), que tengan el deber legal de alimentar a ese mismo alimentista o al deudor. La cuestión bordea un debate colateral, que la autora apunta y en el que acaso quepa avanzar: así, el que concierne al alcance de la, llamémosla, «peor fortuna del deudor» como causa de extinción, singularmente, de la prestación alimenticia (art. 152.2 del Código Civil) u de otras prestaciones que, en determinadas circunstancias (así, en un procedimiento de divorcio en el que ya no cabe reclamar alimentos al excónyuge) pueden llegar a cumplir, prácticamente, la misma función (arts. 97.8 y 101 del Código Civil).

Tras una detallada exposición de los encuentros y desencuentros de la regulación concursal de los alimentos previa a la reforma de 2011, el Capítulo III del volumen se centra en la disciplina hoy vigente sobre el particular. Exige una lectura coordinada de los artículos 47 y 84.4 Ley Concursal, siendo así que es precisamente una mayor y mejor coordinación entre ambos preceptos lo que acaba reclamando la autora. Acerca de la situación de necesidad a la que alude el primero, la autora insiste en que debería ser atendida vía detracción de bienes inembargables. En clave subjetiva y a propósito del «cónyuge, pareja de hecho (...) y descendientes bajo potestad», la propuesta interpretativa pasa: en primer lugar, por destacar que las necesidades de tales sujetos revertirán en el eventual derecho de alimentos del concursado, sin que puedan alcanzar una prestación alimenticia autónoma para cada uno de ellos; en segundo lugar, por advertir del contrasentido que puede llegar a representar la norma en el marco de legislaciones autonómicas que no reconocen el deber de alimentos entre miembros de la pareja estable (nótese, en este sentido, la desaparición, en los artículos 234-1 y sigs. del Código Civil de Cataluña, de una disposición como la contenida en el derogado artículo 8 de la Ley 19/1998, de 15 de julio, del Parlamento de Cataluña y relativa a la obligación alimenticia entre convivientes). Y, en el sentido opuesto, podría añadirse un inconveniente más, a saber: que se ignoran de este modo las necesidades de otros sujetos que pueden igualmente conformar el núcleo familiar y depender del concursado (art. 68 *in fine* Código Civil; art. 231-2.2 y 231-5.2 Código Civil de Cataluña). A propósito de los alimentos debidos por el concursado a otros alimentantes (art. 47.2 LC), la autora aplaude tanto la posposición que opera la norma al situar al concursado en el último lugar de los posibles alimentantes como el plazo del año para reclamar. El escenario queda limitado a reclamaciones posteriores a la declaración de concurso que, entiende también, pueden sustanciarse ante el propio juez concursal. Si, en cambio, los alimentos se estuvieren satisfaciendo voluntariamente, la capacidad de seguir prestándolos deberían garantizarse, en su opinión, vía inembargabilidad de bienes.

Acerca de la calificación de tales créditos (junto con los devengados con posterioridad al concurso pero con origen en una resolución judicial anterior) como «créditos contra la masa» en el artículo 84.4 LC, la autora destaca cómo no todos ellos encajan en el perfil, temporal y funcional, propio de los créditos contra la masa. Más allá, resuelve que, por escapar de aquel elenco, son solo créditos ordinarios los alimenticios nacidos y vencidos antes de la declaración de concurso.

La conclusión del concurso merece a la autora otros comentarios. Coherentemente con el principal esquema conductor de la obra, la autora suscribe que, si se fijan alimentos para atender las necesidades del deudor mientras transcurre el periodo de cumplimiento del convenio, ya no lo serán con cargo a la masa (que, técnicamente, desaparece), sino vía bienes inembargables en fase de convenio. Si,

en cambio, el escenario es de liquidación o de conclusión por insuficiencia de la masa activa, irrumpen nuevas disposiciones. En el primer caso, el artículo 145.2 LC excepciona la regla general de la extinción del derecho de alimentos, aunque solo en los casos en que resulte imprescindible la subsistencia del derecho para atender a las necesidades mínimas de los sujetos mencionados en el artículo 47.1 LC. En el segundo, el artículo 176 bis (que presupone la insuficiencia de la masa para hacer frente a los créditos contra ella) no cohonesta bien con el artículo 47 LC. La razón sería que no casa bien la existencia, en el artículo 47 y a modo de presupuesto, de bienes bastantes en la masa para hacer frente a las necesidades del concursado y, en el artículo 176 bis, la insuficiencia de esa misma masa. Un nuevo argumento del que se sirve la autora para insistir en la endeble articulación técnica de los alimentos como crédito contra la masa.

El artículo 76.2 LC excluye de la masa concursal los bienes legalmente inembargables. En el Capítulo IV de la obra ya se ha anticipado que la Dra. YÁÑEZ desarrolla su principal eje argumental incidiendo en cómo aparece regulada, y con qué alcance, aquella categoría. La atención se centra en la inembargabilidad de retribuciones y pensiones (art. 606.4 LEC) y en la de los medios necesarios para vivir (art. 606.1 LEC). Se defiende que la separación patrimonial debe ser implementada por la propia administración concursal sin que sea necesaria la previa petición del deudor. Junto a la masa activa, concurrirá entonces otro patrimonio (el formado por los bienes inembargables), actualizable e inmune a todo tipo de deudas (salvo, se cree entender, a las que genera ese levantamiento de las propias necesidades). Y la autora insiste: cuando esos bienes resulten insuficientes, no procede (o no debería proceder) reconocer entonces al concursado un derecho de alimentos con cargo a la masa sino desgajar de ella lo necesario hasta alcanzar aquella suficiencia. ¿Puede, entonces, separarse la vivienda familiar toda vez que es necesaria para la subsistencia del deudor? ¿La necesaria subsistencia de este exige poder conservar la propiedad de una (su) vivienda? Es este uno de los interrogantes que dan paso al Capítulo V. La autora aborda la cuestión contemplando distintas hipótesis (vivienda en arrendamiento y vivienda en propiedad hipotecada o sin gravamen). Es en este contexto que se destaca, de la mano del artículo 56.1 LC y de la interpretación que se ha hecho de él, el trato desigual que padece la ejecución hipotecaria de la vivienda familiar del deudor no empresario (que no se suspende) si se contrasta con los gravámenes reales asumidos por deudores empresarios (cuya realización sí se suspende en la medida en que el bien afecto resulte necesario para la continuidad de su actividad profesional). La autora apuesta por una lectura distinta de la norma de forma que no sea su interpretación *a contrario* lo que determine el régimen aplicable a la vivienda familiar sino, en cambio, la regla general de la suspensión de procedimientos ejecutivos (art. 55.2 LC). La segunda línea argumental pivota sobre el llamado mecanismo de segunda oportunidad. Siguiendo la estela de resoluciones judiciales que apuntan en este sentido, duda la autora que ese *fresh start* pueda llegar a ser efectivo si, a pesar de haberse liberado de la parte de la deuda no cubierta con la ejecución de la garantía, el concursado ha perdido su casa. De ahí que se suscite la oportunidad, en determinadas circunstancias, de no supeditar el expediente a la ejecución previa de la hipoteca: en primer lugar, porque ello beneficia al deudor que conserva su vivienda; en segundo lugar, por beneficiar igualmente el concurso, a cuyo cargo no deberá alimentarse; en tercer lugar, por suceder lo mismo con el acreedor hipotecario, que no verá cómo se exonera al deudor de parte de la deuda.

Cierra el volumen un último Capítulo dedicado a analizar de qué forma pueden protegerse las necesidades del deudor en el acuerdo de plan de pagos a los acreedores.

El volumen está llamado a ser una obra de referencia en la materia: por cómo se interpreta el Derecho vigente y por cómo se sugiere su mejora. Y en ese «cómo» se incluye la exhaustividad en el análisis, la originalidad y visión crítica en los planteamientos, el recurso al Derecho comparado y, en fin, la exquisita elegancia y claridad del discurso.

MENDOZA DEL MAESTRO, GILBERTO, *Comentarios a los Precedentes y Acuerdos del Tribunal Registral*. Edit. Praeter Legem, Pando-San Miguel, 2017. Libro de 1047 páginas.

Por

ÁNGEL VALERO FERNÁNDEZ-REYES
Registrador de la Propiedad
Profesor asociado, Derecho civil, UC3 Madrid

Gilberto MENDOZA DEL MAESTRO, autor de este libro, es profesor de Derecho civil en la Pontificia Universidad Católica de Lima, ejerció el cargo de asesor en el Tribunal registral y en la Gerencia registral de la SUNARP del Perú (Superintendencia nacional de los Registros) entre los años 2005 a 2011 y ha realizado estancias de investigación y doctorado en el Instituto Max Planck de la Universidad de Hamburgo, siendo hoy considerado una de los máximos expertos en Derecho Registral de Perú. Tengo el honor de gozar de su amistad desde que en el año 2011 fue alumno en el Curso Avanzado de Derecho Registral para Iberoamericanos —CADRI— del que en aquel tiempo yo era el director, y de cuya Asociación de Egresados —AEC CADRI— es hoy presidente, habiendo seguido colaborando en actividades académicas posteriores a ambos lados del Atlántico. Soy, por tanto, testigo de su gran capacidad de trabajo que le ha llevado a publicar varios obras sobre la materia registral, como la que ahora se comenta, y a dirigir cursos *on line* de carácter internacional y diversas revistas sobre esa misma temática, como el *Anuario de Derecho Registral Iberoamericano* —ADRI— de gran éxito en América latina.

El presente libro trata de llenar una laguna existente en la bibliografía registral peruana: la carencia de una recopilación sistematizada —por temas y voces— y comentada de todos los «precedentes de observancia obligatoria» y «acuerdos plenarios» del Tribunal Registral de la SUNARP; decisiones administrativas equivalentes a las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de España; por lo que la obra forma parte de la familia de los Diccionarios o Ficheros de jurisprudencia y/o doctrina registral que en España han elaborado registradores tan prestigiosos como Manuel AMORÓS, Francisco SENA o Constancio VILLAPLANA, y que son tan útiles en la práctica registral diaria.

Tanto unas como otros, resoluciones y precedentes o acuerdos, aunque con importantes diferencias prácticas como luego se examina, constituyen un material de consulta obligada en sus respectivos países pues tienden a propiciar la predictibilidad de la calificación registral, al fijar el criterio interpretativo que el órgano administrativo del que dependen los distintos registros jurídicos tiene sobre una determinada materia (civil, registral mercantil, urbanística o de otro ámbito involucrado), especialmente en los supuestos de falta de una regulación legal expresa o de reformas legislativas, debido a que estos órganos operan con

mayor celeridad que los tribunales de justicia y sus decisiones son elaboradas por profesionales especialmente cualificados.

Como preámbulo a la citada recopilación, el profesor MENDOZA, realiza una exposición de los distintos sistemas registrales existentes, a los que considera un instrumento fundamental para el logro de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, y ubica el sistema registral peruano dentro del grupo de los registros de derechos que otorgan importantes efectos jurídicos a la inscripción y tratan de conseguir una titularidad registral inatacable. En concreto lo enmarca, junto con el sistema español, ya que tiene mucha influencia de la Ley Hipotecaria española, en el grupo de sistemas de fe pública registral, contemplada en el artículo 2014 del Código Civil peruano, aunque, señala el autor, que la fe pública registral se ha ido modulando atendiendo a la propia realidad peruana, hasta excepcionarlo en determinados supuestos, como el patológico de la falsificación de los documentos públicos, de lo que se muestra partidario; introduciéndose paralelamente figuras, como la denominada «inmovilización o cierre temporal de la partida registral», a fin de resguardar los derechos inscritos mientras se verifica la autenticidad de los títulos.

Asimismo, la obra contiene una amplia exposición de la calificación registral en general, en cuanto objeto sobre el que se pronuncian los precedentes y acuerdos del Tribunal Registral, y la comparación de su ámbito en el Perú con el que goza en otros países con sistemas registrales similares, como Alemania o España. Así, se señala que, como consecuencia de la distinta naturaleza de la función registral, ya que en Perú el registrador es un funcionario público y no un profesional independiente, el ámbito de la misma en el país andino se encuentra más restringido que en España, no abarcando la calificación de cláusulas abusivas o siendo menos amplia en materia de resoluciones judiciales, actos administrativos o expedientes notariales de jurisdicción voluntaria.

La calificación registral en Perú, dado su carácter independiente y autónomo, tiene como contrapeso la existencia de una segunda instancia a través del correspondiente recurso ante el Tribunal Registral de la SUNARP, institución peculiar del Perú, formada por vocales elegidos por concurso entre juristas de reconocido prestigio. La función de este tribunal es resolver los recursos de apelación que se plantean contra las observancias, tachas sustantivas y demás decisiones (las notas de calificación con defectos de España) que formulen los registradores de la propiedad. Pero, además de la resolución ordinaria de estos recursos de apelación, el Tribunal Registral tiene la facultad de aprobar los citados «precedentes de observancia obligatoria» a través de sus plenos, los cuales consisten en la interpretación de las normas que regulan los actos inscribibles, y que, una vez publicados en diario oficial *El Peruano*, deben seguir de manera obligatoria todos los registradores de la propiedad mientras no sean dejado sin efecto por otra reunión del pleno. En esto se diferencian de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado española que, como es sabido, en el actual estado de la jurisprudencia registral, únicamente obligan al registrador cuya nota de calificación fue recurrida y a aquellos otros a los que se pueda presentar el mismo título enjuiciado, pero que respecto del resto de los registradores solo tienen el valor de una doctrina prestigiosa.

El Tribunal Registral también aprueba en sus plenos los denominados «acuerdos de interpretación no obligatorios», que igualmente constituyen criterios interpretativos de las norma que regulan los actos y derechos inscribibles, pero que solo son de obligatorio seguimiento para los propios miembros del tribunal en

sus posteriores fallos, y que no son objeto de publicación en el Diario oficial. Su conocimiento, sin embargo, es útil, porque predeterminan cuál será la decisión que se adopte en el recurso de apelación ante una posible nota de calificación registral sobre la materia concreta a que se refieran. Estos «acuerdos plenarios» exigen el voto de la mayoría simple de los vocales del Tribunal Registral, mientras que la aprobación de «los precedentes de observancia obligatoria» requiere el acuerdo de las dos terceras partes de los mismos.

El núcleo central de la obra, como se ha indicado anteriormente, lo constituye la recopilación de todos esos «precedentes de observancia obligatoria» y «acuerdos plenarios», incluso algunos ya derogados o dejados sin efecto, los cuales se sistematizan en cinco partes que se corresponden respectivamente, la primera a las decisiones que recaen sobre los principios generales aplicables a todo tipo de Registros jurídicos, y las otras cuatro a las que versan sobre las concretas materias concernientes a los distintos Registros jurídicos dependientes de la SUNARP: el Registro de Predios (en España el Registro de la Propiedad Inmueble), el Registro de la Propiedad vehicular (en España el Registro de Bienes Muebles), el Registro de Personas jurídicas (en España el Registro Mercantil), que comprende también las asociaciones, y, finalmente, el Registro de Personas naturales (en España el Registro Civil), que incluye también, testamentos, representaciones y uniones de hecho.

Cada precedente o acuerdo va acompañado de la exposición de las deliberaciones del Tribunal Registral, resumiendo las opiniones manifestadas por sus vocales tomadas del acta de las sesiones, lo que sirve para apreciar mejor la problemática que se planteaba en cada caso concreto; así como de un comentario crítico de cada uno de ellos y, en ocasiones, de una explicación, a veces bastante amplia, de la figura o institución jurídica implicada, con lo que al final la obra se convierte en un auténtico tratado de Derecho registral.

No podemos detenernos en esta breve recensión en analizar cada una de las materias sobre las que versan las decisiones del Tribunal Registral peruano, pero baste señalar, como muestra de su diversidad que, en materia de Registro de la Propiedad, se abordan temas tan variados como la revocatoria de anticipo de legítima, la inscripción de las condiciones suspensivas, la resolución de los contratos, el bloqueo y la reserva de prioridad, el pacto de retroventa, la expropiación, la propiedad horizontal, la independización de fincas (segregaciones y divisiones), la hipoteca, la inmatriculación de fincas, la prescripción adquisitiva, la coordinación con el Catastro, la titularidad de las comunidades campesinas o la inmovilización de partidas (historiales registrales).

Finalmente, la obra incorpora sendas relaciones del extracto o resumen de los distintos precedentes y acuerdos, ordenados de forma temática y cronológica respectivamente, y un índice detallado, que incluye un gran número de conceptos o voces jurídicas, todo ello con la finalidad de facilitar la consulta de esta compleja y extensa doctrina jurisprudencial (comprende más de cuatrocientas decisiones del Tribunal Registral). Solo queda, para hacer más eficaz su consulta, que el repositorio de jurisprudencia registral, que constituye el libro que se comenta, se pueda incorporar a una página web o portal de internet de fácil accesibilidad.

En conclusión, nos encontramos ante una obra de uso obligatorio, no solo para los registradores peruanos, sino también para los notarios y demás operadores jurídicos que se relacionen con los diversos registros jurídicos a los que se refieren los precedentes y acuerdos, y, en general, para todas aquellas personas interesadas en saber cómo funciona del sistema registral peruano y sus principios inspiradores.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las nuevas normas del CINDOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por 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 como obligatorias las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

1.1. Autoría:

- Todos los trabajos que se presenten para publicar en RCDI deberán contener los siguientes datos:
 - Nombre y dos apellidos del autor/es.
 - Grado académico o situación profesional del autor/es.
 - Dirección y Filiación institucional completa del autor/es (puesto, institución/empresa, dirección postal completa, y teléfono).
 - Correo electrónico del autor/es.

1.2. Encabezamiento:

- Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:
 - Título del trabajo, que deberá reflejar fielmente el contenido del artículo, en español y en *inglés*.
 - A continuación, se recogerá la autoría conforme a lo explicado en el punto 1.1.
 - 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 de 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 p., Interlineado: sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Las NOTAS en Times New Roman, tamaño 10, interlineado sencillo.

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 o no siempre en conexión con el tema, que deberán citarse 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: GOMEZ 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 del Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. inicial y final).

Ej.: PARRA JIMÉNEZ, M.^a Á. (2000). Comentario al art. 211. En: J. Rams Albesa (coord.), *Comentario al Código Civil*, Tomo II, Vol. 2º. Barcelona: Bosch (1764-1790).

— *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.*

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

